Manual do Candidato

Noções de Direito e Direito Internacional

Alberto do Amaral Junior

4ª edição atualizada

Fundação Alexandre de Gusmão

Manual do Candidato

Noções de Direito e Direito Internacional

A Fundação Alexandre de Gusmão, instituída em 1971, é uma fundação pública vinculada ao Ministério das Relações Exteriores e tem a finalidade de levar à sociedade civil informações sobre a realidade internacional e sobre aspectos da pauta diplomática brasileira. Sua missão é promover a sensibilização da opinião pública nacional para os temas de relações

Manual do Candidato

Noções de Direito e Direito Internacional

Alberto do Amaral Junior

4ª edição atualizada

Fundação Alexandre de Gusmão

Alberto do Amaral Junior

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor e livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Yale (EUA), em 2003 e 2007; *Expert in Consumer Law* pelo Centre de Droit Communautaire de la Consommation de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain (Louvain-la-Neuve, Belgique). Foi diretor jurídico da Associação de Empresas Brasileiras para a Integração no Mercosul (Adebim) e criador e vice-presidente do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento (IDCID), tendo criado o Núcleo de Solução de Controvérsias daquele Instituto. É presidente do Centro Orbis de Direito e Relações Internacionais; árbitro indicado pelo Brasil para atuar no âmbito de

aplicação do artigo 18.3 do Protocolo de Olivos. É autor de vários livros, entre os quais *A proteção do consumidor no contrato de compra e venda* (RT, 1993), *O direito de assistência humanitária* (Renovar, 2003), *A solução de controvérsias na OMC* (Atlas, 2008), *Introdução ao direito internacional público* (Atlas, 2008) *e Curso de direito internacional público e comércio internacional de proteção do meio ambiente* (Atlas, 2011). Autor de dezenas de artigos publicados em revistas especializadas no Brasil e no exterior; atua como parecerista na área de Direito Empresarial e Internacional (Defesa Comercial, OMC e Investimento Estrangeiro), bem como em matéria de Direito do Consumidor (contratos, publicidade, responsabilidade e práticas comerciais abusivas).

Apresentação

Embaixador Georges Lamazière
Diretor do Instituto Rio Branco

A Fundação Alexandre de Gusmão (Funag) retoma, em importante iniciativa, a publicação da série de livros "Manual do Candidato", que comporta diversas obras dedicadas a matérias tradicionalmente exigidas no Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata. O primeiro "Manual do Candidato" *(Manual do Candidato: Português)* foi publicado em 1995, e desde então tem acompanhado diversas gerações de candidatos na busca por uma das vagas oferecidas anualmente.

O Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata (CACD), cumpre ressaltar, reflete de maneira inequívoca o perfil do profissional que o Itamaraty busca recrutar. Refiro-me, em particular, à síntese entre o conhecimento abrangente e multifacetado e a capacidade de demonstrar conhecimento específico ao lidar com temas particulares. E assim deve ser o profissional que se dedica à diplomacia. Basta lembrar que, em nosso Serviço Exterior, ao longo de uma carreira típica, o diplomata viverá em diversos países diferentes, exercendo em cada um deles funções distintas, o que exigirá do diplomata não apenas uma visão de conjunto e entendimento amplo da política externa e dos interesses nacionais, mas também a flexibilidade de compreender como esses interesses podem ser avançados da melhor maneira em um contexto regional específico.

Nesse sentido, podemos indicar outro elemento importante que se encontra sempre presente nas avaliações sobre o CACD: a diversidade. O

Itamaraty tem preferência pela diversidade em seus quadros, e entende que esse enriquecimento é condição para uma expressão externa efetiva e que faça jus à amplitude de interesses dispersos pelo país. A Chancelaria brasileira é, em certo sentido, um microcosmo da sociedade, expressa na miríade de diferentes divisões encarregadas de temas específicos, os quais formam uma composição dos temas prioritários para a ação externa do Governo brasileiro. São temas que vão da Economia e Finanças à Cultura e Educação, passando ainda por assuntos políticos, jurídicos, sobre Energia, Direitos Humanos, ou ainda tarefas específicas como Protocolo e Assistência aos brasileiros no exterior, entre tantas outras. Essa diversidade de tarefas será tanto melhor cumprida quanto maior for a diversidade de quadros no Itamaraty, seja ela de natureza acadêmica, regional ou ainda étnico-racial. O CACD é, em razão disso, um concurso de caráter excepcional, dada a grande quantidade de provas de diferentes áreas do conhecimento acadêmico, buscando com isso o profissional que demonstre o perfil aqui esboçado.

No entanto, o perfil multidisciplinar do Concurso de Admissão à Carreira de Diplomata pode representar um desafio para o candidato, que deverá desenvolver sua própria estratégia de preparação, baseado na sua experiência acadêmica. Em razão disso, o Instituto Rio Branco e a Funag empenham-se em disponibilizar algumas ferramentas que poderão auxiliar o candidato nesse processo. O IRBr disponibiliza, anualmente, seu "Guia de Estudos", ao passo que a Funag publica a série "Manual do Candidato". Cabe destacar, a esse propósito, que as publicações se complementam e, juntas, permitem ao candidato iniciar sua preparação e delimitar os conteúdos mais importantes. O "Guia de Estudos" encontra-se disponível, sem custos, no sítio eletrônico do Instituto Rio Branco e é constituído de coletâneas das questões do concurso do ano anterior, com as melhores respostas selecionadas pelas respectivas Bancas.

Os livros da série "Manual do Candidato", por sua vez, são compilações mais abrangentes do conteúdo de cada matéria, escritos por especialistas como Bertha Becker (Geografia), Paulo Visentini (História Mundial Contemporânea), Evanildo Bechara (Português), entre outros. São obras que

permitem ao candidato a imersão na matéria estudada com o nível de profundidade e reflexão crítica que serão exigidos no curso do processo seletivo. Dessa forma, a adequada preparação do candidato, ainda que longe de se esgotar na leitura das publicações da Funag e do IRBr, deve idealmente passar por elas.

Sumário

10. O processo legislativo na Constituição Federal

11. Os direitos individuais

12. Responsabilidade do Estado no direito internacional público

13. Fontes do direito internacional público

14. Tratados internacionais

15. As organizações internacionais

16. O Mercosul e a União Europeia

17. A Organização Mundial do Comércio – OMC

18. A solução pacífica de controvérsias internacionais

19. Sucessão de Estados

20. Reconhecimento de Estado e de Governo

21. Os direitos humanos no plano internacional

I. A criação do Direito A norma jurídica: estrutura, validade, classificação

A norma jurídica é meio essencial de expressão do direito. É certo que o direito não se esgota na norma, mas ela tem importância central na regulação dos comportamentos sociais.

A vida do homem é, em grande medida, determinada por vasto complexo normativo: regras morais e religiosas, consuetudinárias, técnicas e de etiqueta estabelecem direitos e obrigações, introduzindo pautas de conduta que limitam as paixões, os instintos e os interesses.

Nas sociedades complexas da nossa época, porém, as regras jurídicas exercem papel fundamental, contribuindo para reduzir o grau de incerteza nas interações humanas. Possibilitam a estabilidade das expectativas, garantindo a previsibilidade das ações sem a qual a sociedade tenderia a desintegrar-se.

Normas jurídicas são diretivos vinculantes, com caráter de imperatividade, que permitem a decisão dos conflitos. Constituem diretivos vinculantes porque têm o sentido de obrigatoriedade, a ninguém sendo dado furtar-se às suas prescrições.

Além disso, a norma é para o jurista o ponto de partida para decidir os conflitos existentes. Com base nela é possível qualificar as condutas como obrigatórias, proibidas e permitidas. Fundando-se na lei o intérprete não

decide, atendendo a preferências individuais, mas segue critérios previamente fixados.

A teoria jurídica tem procurado distinguir os elementos que compõem a norma jurídica. A hipótese normativa ou tipo legal – *fattispecie* em italiano e *Tatbestand* em alemão – consiste em uma situação de fato, comportamento ou ocorrência natural à qual é imputada certa consequência. Sempre que ao fato abstrato da norma corresponder dado comportamento no plano da realidade, o agente deverá suportar as consequências do ato praticado.

No pensamento jurídico tradicional, tais consequências eram vistas como um mal a ser aplicado ao sujeito que violasse a norma. Para Kelsen, a sanção é elemento característico da norma jurídica. O indivíduo somente estará obrigado a comportar-se desta ou daquela maneira se for prevista uma sanção para a conduta oposta. Logo, a conduta devida decorre da estipulação da sanção – objeto imediato da norma.

Ao comentar os principais conceitos da teoria geral do direito, Santiago Nino anota as seguintes características da sanção na obra de Kelsen:

a) trata-se de ato coercitivo, ou seja, de ato de força efetivo ou latente;

b) tem por objeto a privação de um bem;

c) quem a exerce deve estar autorizado pela ordem jurídica;

d) deve ser a consequência da conduta de algum indivíduo.

Mais do que a aplicação efetiva da força, a sanção se notabiliza pela possibilidade de ser aplicada quando o infrator se recusar a cumprir voluntariamente o dever que lhe foi imposto. Ela envolve a privação de um bem, que pode ser a vida, a liberdade ou parte do patrimônio pessoal.

A autoridade encarregada de aplicá-la deve estar autorizada pelo ordenamento jurídico. É necessário que haja a especificação dos seus poderes e das circunstâncias em que deve agir. A sanção é, ainda, consequência atribuída à conduta voluntária de alguém que poderia comportar-se de forma contrária.

Para Kelsen, a sanção compreende a pena ou multa típica do direito penal e a execução forçada, própria do direito privado, pela qual são subtraídos bens ao devedor, cujo produto da venda em hasta pública servirá

para saldar o débito que este possua junto ao credor.

A relevância concedida à sanção para caracterizar a norma jurídica deu origem à concepção do direito como ordem repressiva.

Esta concepção, peculiar ao liberalismo clássico do século XIX e princípios do século XX, propugnava a separação entre o Estado e a sociedade, entre a economia e a política.

Ao direito cabia a função de conservar a sociedade punindo os comportamentos desviantes. Procurava-se, com isso, delimitar a esfera de ação individual, impedindo que a vontade em contínua expansão pudesse ameaçar a liberdade dos indivíduos.

A passagem do Estado liberal para o Estado providência, que teve lugar a partir dos anos 30, modificou a função do direito na vida social. De instrumento de controle e conservação voltado tão somente à repressão dos comportamentos indesejáveis, o ordenamento jurídico passa a valer-se das técnicas de promoção e encorajamento, destinadas a estimular a obtenção de resultados.

As sanções negativas cedem em importância diante da proliferação das sanções premiais, de que são exemplos as leis que preveem incentivos fiscais para investimentos em certas áreas. Enquanto as constituições liberais preocupam-se em tutelar e garantir, as constituições pós-liberais enfatizam a função de promover.

Pode-se, pois, perceber que a sanção não é elemento imprescindível para a definição da norma jurídica. Verifica-se, por outro lado, a ampliação do número das normas que estabelecem competências públicas e privadas para a prática de atos jurídicos: são as chamadas normas de organização.

Já se sustentou que nesse caso a nulidade seria a sanção prevista para o descumprimento da regra. O argumento, porém é frágil.

Em sua acepção tradicional, a sanção importa a privação de um bem, sendo, portanto, algo desagradável para o sujeito que a sofre. É verdade que, se algumas vezes isso possa acontecer, a rigor não é lícito afirmar que o ato nulo desperte infalivelmente a sensação de desagrado no agente que o realizou.

Diversamente da sanção, a nulidade não visa a desestimular os atos que transcendem os limites da competência legal. Por esse motivo, na quase totalidade das situações, a nulidade não é sanção. Trata-se simplesmente de consequência jurídica atribuída aos atos especialmente indicados.

O reconhecimento de que a sanção não é elemento indispensável para definir a norma jurídica não significa ignorar a sua relevância. Tanto é assim que somente são reputadas jurídicas as sanções constantes das regras legais. Não é hábito aceitar como tal as sanções difusas que não sejam consagradas normativamente.

Da mesma forma, a generalidade e a abstração não são requisitos necessários da norma jurídica. Em primeiro lugar, paira dúvida sobre o modo de utilização de ambos os termos. A doutrina ora se refere à generalidade e abstração como sinônimos – as normas são gerais ou abstratas – ora com significados diferentes – as normas são gerais e abstratas.

Em segundo lugar, a generalidade não recobre todas as normas jurídicas. A decisão judicial convém lembrar, tem o caráter de norma individual, já que os seus efeitos abrangem apenas as partes por ela atingidas.

O temor do arbítrio após a revolução francesa levou muitos juristas, principalmente os partidários da Escola da Exegese, a considerarem a decisão judicial mera declaração da lei ao caso concreto. A interpretação criadora representava, nessa ótica, ameaça à divisão e tripartição dos poderes, na qual se baseia o Estado de direito moderno.

Há igualmente leis que se destinam unicamente a revogar normas existentes; nem por isso busca-se negar juridicidade a estas normas, alegando-se que não fazem parte do ordenamento jurídico.

Ultimamente tem sido acentuado que a norma geral diz respeito não ao sujeito singular, mas a uma categoria ou classe de agentes (os proprietários, os locadores, os possuidores de boa ou má-fé), ao passo que a norma abstrata não contempla esta ou aquela ação, mas dada categoria ou classe de ações (o penhor, o depósito, a novação, a apropriação indébita, o peculato etc.). Nesse sentido, a generalidade seria oposta ao individual e a abstração, ao concreto.

De qualquer modo, generalidade e abstração vinculam-se aos pressupostos do pensamento liberal, que identificava a norma jurídica com a lei. A norma geral permitiria a realização dos valores da imparcialidade e da igualdade, enquanto a norma abstrata seria a garantia do valor da certeza, ensejando a previsibilidade dos comportamentos.

A intervenção estatal, que cada vez mais obriga a administração a regular situações particulares, revelou a extraordinária expansão das normas individuais e concretas. Sustentar que a generalidade e a abstração constituem características objetivas das normas seria, assim, confundir o plano ontológico com o plano deontológico, o ordenamento real com o ordenamento ideal, transpondo para a realidade as aspirações pessoais de alguns teóricos.

A bilateralidade, por seu turno, somente é requisito da norma jurídica se for entendida no sentido de alteridade, que visa demarcar a posição entre os sujeitos. Deve, portanto, ser afastada a noção de bilateralidade como relação obrigacional entre credor e devedor, na acepção do direito privado. A existência de normas que conferem capacidade ou prescrevem regimes impede o tratamento restritivo da bilateralidade.

A norma jurídica pode ser compreendida conforme três prismas diferentes: fundamento, validade e eficácia. Em outras palavras, é possível indagar se a norma é justa, se tem existência e se é respeitada ou seguida pelos destinatários.

Todo ordenamento jurídico busca realizar fins que têm origem em valores essenciais à convivência coletiva. O ato de legislar, aliás, pressupõe finalidades que não raro variam em cada momento histórico.

O valor é a fonte última da obrigatoriedade da norma, dando-lhe inclusive o seu significado. O problema do fundamento, de natureza filosófica, concerne ao valor ou complexo de valores que legitimam a ordem jurídica, determinando a razão de ser da obrigatoriedade das regras singulares.

A questão não se coloca apenas para os que acreditam em valores absolutos. Mesmo para quem compartilha a crença na historicidade da

experiência axiológica, tem sentido perguntar se a norma concretiza os valores que orientam o sistema jurídico. O tema do fundamento ocupa-se, assim, da correspondência entre a norma isolada e os valores subjacentes a todo o sistema.

Já a validade refere-se à existência da regra legal; a norma não existe em si, encontrando-se antes subordinada às demais normas que compõem o ordenamento, o qual pode ser definido como um conjunto de normas, definições, classificações legais e preâmbulos normativos. Por longo tempo considerou-se que o ordenamento era composto exclusivamente por normas.

A presença de classificações com a finalidade de organizar a matéria, a proliferação de dispositivos que introduzem definições nos assuntos regulados pelos códigos e a importância dos preâmbulos que iluminam e esclarecem o sentido de inúmeras leis revelam que é mais diversificada, do que em princípio se imaginava, a composição do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, deve-se salientar, a validade é um conceito relacional que visualiza a norma inserida no todo normativo.

Norma válida é a que cumpriu os requisitos exigidos para a sua formação. Em primeiro lugar, é preciso averiguar se a norma foi instituída pela autoridade competente, assim entendido o órgão que tenha sido autorizado a produzir normas válidas.

A autorização é dada por uma norma superior que delimita as circunstâncias e o âmbito no qual terá validade. A Constituição brasileira prevê que "admitida a acusação contra o presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade" (art. 86).

Não será válida a decisão de qualquer outro tribunal, que não a Suprema Corte, destinada a condenar o presidente da República pela prática de crime comum. O mesmo ocorrerá se a Câmara dos Deputados, e não o Senado Federal, julgar o mais alto mandatário da Nação por crime de responsabilidade.

O art. 62 da atual Carta Constitucional afirma que "em caso de relevância e urgência, o presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional". Os presidentes da Câmara e do Senado, bem como o presidente do Supremo Tribunal Federal, não poderão, sob qualquer pretexto, baixar medidas provisórias. Nas hipóteses acima mencionadas os órgãos em causa não teriam competência para tomar as referidas decisões.

Em segundo lugar, é necessário que o órgão tenha competência para dispor sobre a matéria objeto da norma. O regime federativo consagrado pela Constituição de 1988 repartiu a competência para legislar entre a União, os Estados e os Municípios.

Constitui competência privativa da União, entre outras, legislar sobre direito civil, comercial, processual, penal e trabalhista. Seria inconstitucional por ilegitimidade da matéria a lei estadual que alterasse o regime jurídico da propriedade, abolindo a propriedade privada em dada região do país. Com o objetivo de combater a criminalidade, os Estados não teriam competência para reduzir a maioridade penal de 18 para 16 anos.

Complementa os dois primeiros requisitos a necessidade de se obedecer aos procedimentos previstos para a produção de normas jurídicas válidas. Não logrará êxito a deliberação do Congresso Nacional de alterar a Constituição por maioria simples, pois as emendas constitucionais requerem a aprovação de três quintos dos membros das duas casas do Poder Legislativo.

O exame acerca da validade de uma norma jurídica exige, também, a verificação de que não foi revogada pelo advento de norma posterior nesse sentido. Deve-se, ainda, investigar se não existe incompatibilidade com outra norma posterior ou sucessiva, que poderia provocar a sua revogação implícita.

O período de validade da norma poderá ou não ser determinado; no primeiro caso, a validade expira-se com o esgotamento do prazo, no segundo ela perdurará até que outra norma a revogue. O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que a lei começará a vigorar no território

nacional 45 dias depois de publicada. Isto não quer dizer que lhe faltará validade no prazo que medeia entre a publicação e a data prevista para entrar em vigor.

A partir do momento em que foi publicada ela será válida, mas não vigente, ou seja, completou-se o seu processo de formação, contudo ela não poderá ser invocada para produzir efeitos. A vigência demarca o tempo de validade da norma. A norma vigente conserva atuação plena prescrevendo, autorizando ou permitindo comportamentos. Muitas vezes, porém, a própria norma determina que entrará em vigor imediatamente.

Ao contrário dos conceitos de validade e vigência, a noção de vigor realça o poder vinculante da norma que obriga a todos que se encontram sob seu domínio. A norma revogada não é válida ou vigente; apesar disso, possui vigor em relação aos fatos constituídos durante o período em que integrou o sistema jurídico. O mesmo sucede na hipótese de normas defeituosas que não apresentam condições técnicas de atuar. É possível que, não obstante a deficiência técnica, adquiram imperatividade, impondo-se a todos, razão pela qual comumente ocorre a sua convalidação posterior.

Finalmente, a eficácia consiste na produção de efeitos jurídicos, obtida pelo respeito ou aplicação das regras legais.

A norma será eficaz quando for seguida voluntariamente pelos destinatários, ou, se violada, for aplicada uma sanção aos transgressores. Da mera existência da norma não se pode inferir que ela é seguida pelos membros da sociedade. A eficácia ressalta o modo de comportamento dos indivíduos em face das normas existentes.

A norma é eficaz quando satisfaz a duas exigências:

a) tem condições fáticas de atuar, já que está adequada à realidade;

b) tem condições técnicas de atuar, pois estão presentes os elementos normativos para adequá-la à produção de efeitos concretos.

A lei que obrigasse as montadoras de veículos a instalar, nos carros que venham a produzir, filtros antipoluentes que não existissem no Brasil seria ineficaz pela impossibilidade fática de atuar; já o art. 7° da Constituição, que previu ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais a relação de emprego

protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, somente tornou-se plenamente eficaz quando o Congresso, por intermédio de lei complementar, regulou o funcionamento do seguro-desemprego.

Há estreita relação entre validade e eficácia. A norma é válida antes de ser eficaz. O tribunal que aplica uma lei em um caso concreto imediatamente após a sua promulgação – portanto antes que tenha podido tornar-se eficaz – aplica uma norma jurídica válida. Por outro lado, o efetivo desuso afeta a validade da norma. A lei que jamais é aplicada deixa de ser norma válida.

Não há critérios rigorosos para classificar as normas jurídicas. A necessidade de decidir os conflitos sociais força o jurista a elaborar classificações com vistas a identificar as regras de direito. Afinal, é preciso saber em cada caso qual norma será aplicada.

Inúmeras classificações têm sido propostas. Para fins de exposição, no entanto, destacaremos as que mais diretamente guardam relação com a atividade prática.

Quanto à relevância, as normas diferenciam-se em primárias e secundárias. Originariamente a distinção tinha conteúdo axiológico, acentuando a primazia das normas primárias sobre as secundárias. Com o passar do tempo reduziu-se o peso da carga valorativa, procurando-se realçar mais as características próprias das normas jurídicas.

Para Hart, as normas primárias estabelecem obrigações e as normas secundárias conferem poderes ou competências. As primeiras têm como objeto imediato as condutas individuais, ao passo que as segundas versam a criação e modificação de outras normas.

Na opinião de Hart há três tipos de normas secundárias. As normas de mudança introduzem procedimentos para a criação e alteração das regras jurídicas, tal como as normas que regulam o funcionamento do Poder Legislativo. As normas de julgamento outorgam competência para a decisão dos conflitos, de que são exemplo as normas processuais. As normas de reconhecimento permitem identificar os preceitos que pertencem ao ordenamento jurídico. As regras constitucionais cumprem essa função no

direito moderno.

O critério espacial distingue as normas em diferentes domínios de validade. Há normas que se destinam a valer no âmbito de um único Estado: são as regras de direito interno. A aplicação das leis de um Estado em outro só pode ser feita com o assentimento deste.

O intercâmbio entre sujeitos de nacionalidades diversas exige a escolha da lei a aplicar; a propósito, o direito internacional privado surgiu para superar os conflitos de leis que viessem a existir.

Já as normas do direito das gentes – antiga denominação do direito internacional público – dispensam o reconhecimento particularizado dos Estados, devendo ser respeitadas por todos os membros do sistema internacional.

No plano interno, a Constituição brasileira discrimina três ordens de competência, que pertencem respectivamente à União, aos estados e aos municípios. Conforme a unidade federativa de que emanam, as normas são federais, estaduais e municipais.

Não se deve imaginar que as leis federais sempre prevalecem quando em confronto com as demais normas. Isto somente acontece nas situações em que estados e municípios puderem legislar sobre o mesmo assunto.

Em tal hipótese, existe hierarquia entre as normas federais, estaduais e municipais. Mas quando se tratar de competência privativa não há hierarquia; não terá validade, configurando violação do texto constitucional, a lei editada pela União que pretenda limitar o poder do Município para cobrar os tributos de sua competência.

Quanto ao tempo, as normas dividem-se em permanentes e provisórias ou temporárias.

Permanente é a norma que não contém prazo dentro do qual produzirá efeitos. Algumas normas costumam diferir o início da vigência para data futura posterior à promulgação. O objetivo é quase sempre facilitar o seu conhecimento, fator que, sem dúvida, contribuirá para alcançar as finalidades buscadas pelo legislador. A ocorrência desse fato não altera o caráter de permanência da norma, que diz respeito ao tempo de cessação e

não ao tempo de início de vigência da regra de direito.

Provisória, por sua vez, é a norma que delimita o prazo de vigência em seis meses, um ano ou qualquer outro período. Cessada a vigência do preceito legal, os atos constituídos sob seu império são em sua grande maioria inalteráveis.

Semelhante afirmação decorre do princípio da irretroatividade das leis, que no direito brasileiro recebeu consagração constitucional. A Constituição protege, dessa maneira, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

As leis normalmente só valem para o futuro. Excepcionalmente, todavia, a retroatividade é admitida para beneficiar o agente que tenha praticado algum delito sob o domínio da lei velha. As leis tributárias são irretroativas, mas aceita-se a retroatividade das normas que interpretam disposições legais anteriores, fixando-lhes o sentido e alcance.

Quanto aos destinatários, as normas são gerais e individuais. A norma geral refere-se a todos que preencham certas condições e, por isso, incluem-se no seu âmbito de abrangência. A norma individual, por outro lado, regula o comportamento de uma pessoa ou de um grupo de pessoas determinado. Os negócios jurídicos e as decisões judiciais são casos típicos de normas individuais.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. lembra que o termo geral designa, além de dada categoria de indivíduos, uma categoria orgânica. Nesse sentido, observa aquele autor, as normas relativas ao presidente da República, à competência da União e do Poder Judiciário seriam também gerais.

A força de incidência – critério de largo uso no campo do direito – focaliza o grau de imposição das normas sobre os sujeitos. É verdade que as regras legais gozam de imperatividade, no sentido de que vinculam os destinatários. O modo, porém, de caracterizar a imperatividade varia conforme o caso.

As normas cogentes ou de ordem pública indicam que as partes devem acatar integralmente a disciplina legal, não lhes sendo lícito regular a matéria de outra forma. A razão de ser dessas normas reside na tutela de

certos fins que o legislador reputou essenciais para a convivência coletiva.

Exemplo patente do que se acaba de mencionar é fornecido pelo art. 1° do Código de Defesa do Consumidor ao afirmar que "O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, Inciso XXXII, e 170, Inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias".

Como se vê, o próprio legislador declara, quando julga conveniente, quais normas são de ordem pública, insuscetíveis de alteração pelos particulares. Sempre que a lei silenciar a respeito, cabe à doutrina e à jurisprudência pronunciarem-se sobre o caráter cogente das regras legais.

As normas dispositivas, ao contrário, conferem às partes a possibilidade de se sujeitarem ao que determina a lei, ou, se preferirem, formularem novas disposições que melhor se ajustem aos seus interesses.

No que toca aos efeitos da sua violação, as normas jurídicas classificam-se em *perfecta, imperfecta, minus quam perfecta* e *maius quam perfecta*. As normas *perfecta* preveem a nulidade do ato; as *imperfecta* não acarretam nenhuma consequência legal para quem a tenha violado; as normas *minus quam perfecta* mantêm válido o ato, embora sancionando o infrator; as *maius quam perfecta* invalidam o ato, impondo ao mesmo tempo uma sanção ao sujeito que a violou.

Por fim, quanto ao funtor, as normas são preceptivas, quando impõem obrigação, proibitivas, quando suprimem ao agente a prática de algum ato, e permissivas quando possibilitam a realização ou omissão de certo comportamento.

2. Fatos, atos e negócios jurídicos. Elementos, classificação e vícios do ato jurídico. Relação jurídica

O fenômeno jurídico é inconcebível sem referência aos fatos. Esta constatação, no entanto, precisa ser entendida nos seus devidos termos.

O que transforma um fato em ato jurídico (lícito ou ilícito) – afirma Kelsen em uma conhecida passagem da *Teoria Pura do Direito* – não é a faticidade, não é seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido objetivo é conferido ao fato pela norma de direito, de modo que o ato pode ser interpretado consoante estabelece o preceito legal.

Por esse motivo, na opinião de Kelsen, a norma funciona como verdadeiro esquema de interpretação. A troca de cartas entre dois comerciantes dá origem a um contrato apenas quando obedece aos dispositivos do Código Comercial. O ato pelo qual alguém promove a destinação de bens para depois da sua morte terá a forma jurídica de testamento, caso venha a respeitar as exigências constantes da lei. Uma assembleia de homens constitui um Parlamento, produzindo atos vinculantes se aquela situação de fato corresponder às normas constitucionais.

A observação de Kelsen teve o mérito de acentuar a diferença entre fato natural, submetido à lei da causalidade, e fato jurídico qualificado normativamente. Nem todos os fatos naturais são fatos jurídicos.

As precipitações pluviométricas não têm em princípio qualquer consequência legal. A inundação em uma grande cidade, contudo, pode desencadear a responsabilidade do poder público, gerando a obrigação de indenizar os prováveis lesados.

As regras de direito, cujo conteúdo é a conduta humana, somente disciplinam os fatos que forem condições ou efeitos das referidas condutas. O fato está, assim, na raiz da experiência normativa. O próprio direito expressa a maneira como os homens encaram certos fatos, em dado momento histórico, atribuindo-lhes consequências jurídicas.

Cada fato comporta infindáveis possibilidades de regulação que variam segundo as perspectivas de análise. Nas sociedades marcadas pelo fluxo

vertiginoso das mudanças a opção escolhida é sempre provisória, revelando a probabilidade de que venha a ser modificada no futuro.

O lícito e o ilícito, o proibido e o permitido resultam em última instância da escolha feita com base em valores que servem como critério de seleção entre as múltiplas alternativas que se oferecem ao legislador.

Na regulação das condutas humanas pelo direito é necessário, inicialmente, indicar a espécie de fato a ser prevista pela norma. Realizada esta delimitação, ao fato tipo genericamente estabelecido devem corresponder os fatos concretos, o que ensejará a aplicação da norma em causa. O fato está presente no processo de criação da norma (nomogênese jurídica), bem como na interpretação das regras legais.

Fato jurídico é, pois, todo evento pertencente ao mundo físico ou à realidade social a que o direito liga determinadas consequências.

A doutrina, porém, costuma distinguir entre fatos e atos jurídicos. Os primeiros designam os acontecimentos independentes da vontade humana, ao passo que os segundos se referem às declarações de vontade que acarretam efeitos no campo do direito.

O nascimento, a morte e o decurso de tempo são ocorrências que repercutem na esfera jurídica. O nascimento com vida marca o início da personalidade, enquanto a morte assinala a sua extinção. Já o decurso de prazo pode significar a impossibilidade de exercer algum direito.

Os atos jurídicos compreendem ampla gama de situações, cujo denominador comum reside na exteriorização da vontade. São atos jurídicos tanto os praticados pela Administração para executar os serviços públicos – os chamados atos administrativos – quanto os atos de iniciativa dos particulares para criar, modificar ou extinguir as relações jurídicas privadas.

No plano do direito privado, a doutrina distingue os atos jurídicos *stricto sensu* dos negócios jurídicos. Na primeira categoria incluem-se os atos materiais e as participações.

Muitas vezes, o ordenamento atribui efeitos à manifestação de vontade que não se destina a ser conhecida por esta ou aquela pessoa. É o que sucede, por exemplo, com a transferência de domicílio, que produz

consequências tão logo se concretize.

Em outras hipóteses, o objetivo visado é dar ciência a alguém de um propósito ou da verificação de determinado fato.

Nos atos materiais a intenção do agente é destituída de importância, já que o ato não tem destinatário. As participações, ao revés, possuem destinatário específico, dirigindo-se ao conhecimento de outrem.

O negócio jurídico, por outro lado, consiste em um ato ou uma pluralidade de atos relacionados entre si, praticado por uma ou várias pessoas com o fim de produzir efeitos no âmbito do direito privado. Trata-se de um ato finalístico voltado à consecução de um resultado pretendido pelo direito.

A formulação do conceito de negócio jurídico é o ponto mais alto do processo que no Ocidente culminou com a exaltação do poder criador da vontade e que, por isso mesmo, simbolizou a formação da esfera privada moderna. O princípio da autonomia da vontade aparece, na tradição filosófica ocidental, como característica da liberdade moderna, que surge em oposição à liberdade antiga, pelo menos desde o advento do Cristianismo.

A noção de liberdade moderna somente pode ser entendida a partir da concepção elaborada pelos primeiros pensadores cristãos, segundo a qual todo homem é dotado de vontade livre. A liberdade individual, traço distintivo da sociedade moderna, não era conhecida pelos antigos.

Na Antiguidade grega a liberdade realizava-se no interior da pólis, era algo que se experimentava em conjunto e comunhão entre os cidadãos. Pressupunha a liberação das necessidades cotidianas e a organização do espaço público, onde os cidadãos se encontravam para decidir sobre as questões relativas ao interesse da coletividade.

A cidade dava muito ao indivíduo, mas também podia exigir-lhe tudo. O corpo e a alma do homem estavam submetidos ao poder da cidade e ao domínio da religião.

A ninguém era concedida liberdade de crença em matéria religiosa. O indivíduo deveria crer nos deuses da cidade, consagrando-se inteiramente

ao seu culto.

É óbvio que, em tais circunstâncias, a liberdade associada à vontade livre não poderia jamais florescer. Ela é sob esse aspecto um fenômeno moderno.

Conforme a tradição que se desenvolve com o Cristianismo e que foi mais tarde retomada pelo jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, a liberdade como domínio da vontade e o determinismo como domínio da causalidade natural são absolutamente incompatíveis. Sustentar o princípio da autonomia da vontade tem sentido apenas se aceitarmos a concepção de que a vontade é livre de qualquer determinação causal.

Dizer que um homem é livre significa que a sua conduta não se acha subordinada à determinação causal, podendo dessa maneira ser responsabilizado pelos atos que pratica. A vontade é, assim, a causa de efeitos e nunca efeito de outras causas.

A formação da esfera privada, que se consolida com a edição dos grandes códigos burgueses, requereu, ao mesmo tempo, dois outros pressupostos: a mobilidade social dos indivíduos e a livre circulação da riqueza, totalmente desconhecidas nas sociedades antigas e medievais. A esfera privada é, nesse sentido, o espaço no qual as trocas entre os agentes econômicos são regidas pelos princípios de mercado.

Nunca é demais relembrar que o mercado se notabiliza pela descontinuidade das trocas e pela continuidade da previsão. As trocas são descontínuas porque cada troca, uma vez efetuada, termina com a permuta dos bens trocados. Há continuidade da previsão porque os agentes econômicos têm a certeza de que serão feitas novas trocas em situações análogas.

Concebido no século XIX pela pandectística alemã, o conceito de negócio jurídico representou momento de grande evidência na ciência jurídica dos últimos dois séculos. Para que pudesse ser elaborado, foi necessária uma operação lógica pela qual se procurou individualizar as características comuns às diversas realidades, que tiveram de ser abstraídas e organizadas como elementos constitutivos da figura em questão. É evidente que quanto mais variada e heterogênea a fenomenologia real, menor é o

número de caracteres comuns identificáveis no interior desta, fato que lhe confere maior rarefação e distanciamento da realidade.

O conceito de negócio jurídico, que recebeu consagração legislativa no Código Civil alemão de 1896, correspondeu, assim, a um esforço de generalização e abstração, que teve a finalidade de abarcar fenômenos concretos muito variados. Integravam o aspecto de fenômenos compreendido pelo negócio jurídico figuras tão díspares como a adoção, o testamento e o contrato. Como entre elas havia pouca ou quase nenhuma semelhança, a vontade era o elemento que a todas identificava.

O papel assumido pela vontade refletiu-se na criação de regras que buscaram tutelar a liberdade e a autenticidade do querer dos sujeitos que delas participam.

No terreno ideológico, o negócio jurídico cumpriu a função de promover a igualdade formal entre as pessoas. Ao se conceder relevância exclusiva à vontade, pois todos os indivíduos, a despeito das posições de classe, eram considerados capazes para contrair direitos e obrigações, reduziu-se ao máximo a importância das condições reais em que as trocas econômicas se processavam. A ênfase dada à vontade teve ainda outra função: justificar a separação entre esfera pública e esfera privada. Esta era o domínio exclusivo da atuação dos particulares, o âmbito dentro do qual as interferências externas, sobretudo as que provinham do Estado, configuravam ameaça ao próprio indivíduo, já que a vontade era a sua principal forma de manifestação.

Apesar das críticas que lhe foram dirigidas, o conceito de negócio jurídico contribuiu para alcançar resultados práticos de grande utilidade, atuando como fator de simplificação e racionalização da linguagem e do raciocínio jurídico.

O Código Civil brasileiro traçou ampla disciplina dos negócios jurídicos. Dispositivos acerca dos requisitos, dos defeitos, das modalidades, da prova e da invalidade dos negócios jurídicos foram previstos regulando, assim, os diversos aspectos que a matéria envolve.

Para que o negócio jurídico tenha validade é necessário que sejam

cumpridos requisitos pertinentes ao sujeito, ao objeto e à forma da declaração de vontade.

O negócio deve, em primeiro lugar, ser praticado por agente capaz. Os loucos, os surdos-mudos e os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes, não podendo praticar negócios jurídicos válidos. Na esfera penal e na esfera civil a maioridade é atingida aos dezoito anos. O legislador considera que esse é o patamar mínimo, abaixo do qual os indivíduos não têm o grau de discernimento suficiente para se tornarem responsáveis pelos negócios que praticam.

Mas não basta a capacidade genérica para contrair direitos e obrigações. É preciso que não haja impedimentos específicos que limitem a atuação do sujeito, vedando-lhe a prática de determinados negócios. O Código Civil proíbe que o tutor em hasta pública adquira bens do pupilo. Assim procedendo, o Código cria um impedimento que restringe a capacidade do sujeito para certos negócios, não afetando porém a capacidade para os demais negócios da vida civil.

Afora os pressupostos de natureza subjetiva, é imperativo que se atendam as condições objetivas referentes à liceidade do objeto. O objeto ilícito invariavelmente conduz à nulidade do negócio. Algumas vezes, contudo, a ordem jurídica não se limita a nulificar o negócio, impondo ao agente o dever de reparar os prejuízos ocasionados com a sua prática.

Além de lícito, exige-se também que o objeto seja possível, ou seja, que a prestação possa ser efetivamente cumprida. A prestação irrealizável ou que não seja passível de determinação constitui obstáculo intransponível para que o negócio se aperfeiçoe.

Em terceiro lugar, o ordenamento jurídico preocupa-se com a forma como é emitida a declaração de vontade. O direito moderno, diferentemente do que acontecia na Antiguidade, não exige forma especial para os negócios jurídicos. Vigora o princípio de que as partes podem escolher a forma que julgarem mais adequada para a exteriorização da vontade. Excepcionalmente o ordenamento impõe forma especial para que o negócio vincule o seu autor.

Em alguns casos é requerida forma escrita, já em outros a escritura pública é requisito impostergável de validade. Para negócios específicos, como ocorre com o casamento, é imprescindível a participação de um órgão do Estado.

É usual distinguir as situações em que a forma é condição de validade do negócio – forma *ad solenitatem* – das que serve unicamente para a prova do negócio. No primeiro caso, o negócio não vale quando deixar de se revestir da forma exigida pela lei.

O testamento é exemplo típico a demonstrar a importância do elemento formal. A declaração de vontade pela qual alguém destina bens para depois de sua morte só valerá como testamento se respeitar às exigências constantes do Código Civil. Mas as obrigações de valor superior a dez salários mínimos requerem ao menos um começo de prova por escrito, pois não admitem prova exclusivamente testemunhal (CPC art. 401).

Com base nos elementos comuns e nos traços distintivos que os caracterizam, a doutrina elabora várias classificações dos negócios jurídicos. Quanto ao número de partes, os negócios jurídicos são unilaterais, bilaterais e plurilaterais.

Para a formação dos negócios unilaterais é reclamada apenas a emissão de uma declaração de vontade. O negócio torna-se perfeito e acabado quando é emitida tal declaração, dando origem aos efeitos que a lei lhe atribui. Deve-se advertir que nem sempre o negócio unilateral é unipessoal. Quando dois ou mais indivíduos deliberam constituir uma fundação, o negócio é unilateral, a despeito da pluralidade de pessoas que participam do ato constitutivo. A razão pode ser encontrada no fato de que as diversas declarações de vontade têm direção única.

Os negócios, por outro lado, revelam a presença de duas declarações de vontade coincidentes. É indispensável que as declarações coincidam sobre dado objeto, para que se forme o consentimento. No contrato de compra e venda o vendedor e o comprador têm interesses opostos, mas é justamente o acordo entre ambos sobre a coisa e o preço que permite a celebração do contrato.

Os negócios plurilaterais contêm a presença de duas ou mais partes, como ocorre com os contratos de sociedade. Ao contrário do que sucede nos contratos bilaterais, em que os interesses são contrapostos, nos negócios plurilaterais as partes têm o mesmo intento, constituindo-se cada qual em centro autônomo de interesse.

Quanto aos efeitos, os negócios jurídicos dividem-se em onerosos e gratuitos. Nos negócios onerosos à vantagem econômica auferida por uma das partes corresponde uma contraprestação, enquanto nos negócios gratuitos uma pessoa proporciona a outra um enriquecimento, sem contraprestação por parte do beneficiado. O negócio oneroso consiste na criação das vantagens e encargos para ambas as partes, ao passo que os negócios gratuitos acarretam o aumento do patrimônio de uma parte e a consequente redução patrimonial da outra, sem qualquer correspectivo. É o que ocorre com a doação pura e simples, em que o donatário obtém vantagens econômicas como contrapartida da diminuição do patrimônio do doador.

Os negócios jurídicos dizem-se ainda intervivos ou *mortis causa*. Os primeiros destinam-se a produzir efeitos durante a vida das partes; os segundos, por sua vez, acarretam consequências após a morte do seu autor.

A teoria clássica do negócio jurídico funda-se na vontade livre do homem. É necessário, por isso, instituir regras que permitam à vontade manifestar-se sem a interferência de obstáculos capazes de distorcê-la ou perturbá-la. Para tanto, o ordenamento jurídico disciplinou os chamados vícios do consentimento, assim entendidas as circunstâncias externas que afetam a deliberação volitiva do agente, de tal modo que a vontade declarada seria diversa se essas circunstâncias não tivessem ocorrido. Constituem vícios do consentimento o erro, o dolo e a coação; sua ocorrência provoca a anulação do negócio jurídico.

O erro é a falsa representação de um fato. À vontade declarada seria outra, caso o sujeito conhecesse realmente os fatos que serviram de base para a sua decisão. Há assim uma discrepância entre a vontade real e a vontade declarada, que vicia o negócio.

Para anular o negócio jurídico, o erro deve ser substancial e inescusável. O erro de menor importância (erro acidental), assim como o erro cometido em virtude de negligência, imprudência ou imperícia, não autoriza a anulação do negócio.

O erro substancial é o que:

a) recai sobre a natureza do negócio;

b) interessa ao objeto principal da declaração;

c) incide sobre algumas das qualidades essenciais do negócio;

d) diz respeito às qualidades essenciais da pessoa a quem a declaração se refere.

Já o dolo pode ser causa de anulação do negócio sempre que se configurar o emprego de artifícios maliciosos com o objetivo de obter da outra parte uma declaração de vontade que lhe traga proveito. Não é fundamental que o dolo provenha do comportamento comissivo do agente.

Muitas vezes o dolo resulta do mero silêncio de um dos contratantes sobre determinado fato que possa influir na elaboração do contrato. A propósito, o Código Civil estabelece que nos negócios bilaterais o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela não se teria celebrado o contrato.

A coação exercida contra uma das partes é também causa de anulação do negócio jurídico. A coação supõe, segundo o Código Civil, que o negócio tenha sido concluído sob ameaça tal que priva aquele que a sofre da livre manifestação da vontade.

No plano da invalidade dos negócios jurídicos, o Código Civil distingue entre negócios nulos e negócios meramente anuláveis, instituindo regimes distintos para cada modalidade. Salvo raras exceções, o negócio nulo não produz qualquer efeito, enquanto o negócio anulável produz todos os seus efeitos até ser invalidado por sentença judicial.

A nulidade decorre da lei operando de pleno direito, já a anulabilidade depende de provocação do interessado. Por revestir caráter de ordem

pública afetando o interesse de toda a coletividade, a nulidade pode ser arguida não só pelo interessado, mas também pelo órgão do Ministério Público: é facultado aos juízes e tribunais pronunciá-la em qualquer tempo ou grau de jurisdição. A anulabilidade, por seu turno, tem caráter privado, somente podendo ser arguida pela parte interessada.

O negócio anulável enseja a possibilidade de ser convalidado, já o negócio nulo não admite convalidação. O negócio nulo é imprescritível, o negócio anulável, porém, está submetido à prescrição.

A doutrina refere-se, ainda, aos negócios jurídicos inexistentes. Enquanto os negócios nulos apresentam vício extremamente grave de modo a impedir que sejam considerados válidos, os negócios inexistentes não possuem os elementos fáticos imprescindíveis para a sua configuração. É o caso, por exemplo, da venda sem a determinação da coisa, ou do preço.

Por último, algo deve ser dito sobre a importância que o conceito de relação jurídica tem para o direito. A teoria tradicional considera que a relação jurídica é toda relação social que, regulada pelo direito, acarreta consequências jurídicas.

A ordem jurídica não se limita, por esse prisma, a reconhecer as relações existentes entre os sujeitos jurídicos, cabendo-lhe instaurar modelos normativos que têm como resultado atribuir efeitos jurídicos às relações sociais.

É por esse motivo que a relação social só se converte em relação jurídica no momento em que se subsume ao modelo normativo estatuído pelo legislador. A relação jurídica comporta desse modo dois requisitos.

É necessário inicialmente que exista uma relação intersubjetiva, isto é, uma relação entre duas ou mais pessoas. Além disso, é preciso que a relação intersubjetiva seja qualificada normativamente, de tal sorte que, ocorrendo, no plano fático, a hipótese prevista na norma, dela derivem efeitos jurídicos.

Toda relação jurídica compreenderia, assim, quatro elementos: o sujeito, o objeto, o fato jurídico e a garantia.

Sujeitos da relação jurídica são as pessoas entre as quais se estabelece o vínculo obrigacional. São o titular do direito subjetivo e do dever jurídico do

sujeito passivo.

Podem ser objeto de uma relação jurídica uma coisa ou uma prestação, conforme se trate de direitos reais ou de direitos obrigacionais. O fato jurídico é todo negócio humano ou acontecimento natural previsto na lei como hipótese de fato que permite a passagem da relação do plano abstrato para a realidade concreta.

Finalmente, a garantia consiste na possibilidade, colocada à disposição do titular, de valer-se do aparato coativo do Estado, caso tenha o seu direito subjetivo violado.

Este conceito de relação jurídica foi criticado por Hans Kelsen para quem a relação jurídica nada mais é do que uma relação entre normas. Dizer, por exemplo, que o credor é sujeito de uma relação é afirmar que a norma prescreve ao devedor certo comportamento, ou seja, o pagamento da dívida sob pena de sanção. Analogamente, dizer que o devedor é sujeito da obrigação significaria adotar o comportamento previsto na norma que evita a sanção.

Seja como for, o conceito de relação jurídica desempenha função relevante no pensamento jurídico. Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr. afirma que para a dogmática "a decidibilidade dos conflitos depende das posições que os agentes ocupam, uns em relação aos outros nas interações normativas: quem deve, quem paga, quem manda, quem obedece, quem prescreve, quem cumpre, são posições que implicam relações que compete ao direito construir (dirá Kelsen) ou disciplinar (dirá a teoria tradicional) juridicamente".

3. Obrigatoriedade das normas jurídicas

A obrigatoriedade da lei insere-se no contexto de uma perspectiva mais ampla relativa à obrigatoriedade do direito. Na realidade, não é apenas a lei que obriga, mas o direito em sentido lato.

A ênfase na obrigatoriedade da lei é com certeza expressão do Estado de direito liberal, cujas origens remontam às primeiras constituições escritas no final do século XVIII. Na organização política liberal, a lei aprovada pelo Parlamento refletia o anseio de participação popular nas decisões do governo, fixando, ao mesmo tempo, o âmbito de atuação do poder estatal.

Apesar de parte considerável da vida jurídica fundar-se diretamente na lei – entendida como manifestação formal da vontade parlamentar – o mundo do direito conhece situações em que os indivíduos encontram-se vinculados por diversos tipos de normas que não se enquadram no conceito técnico de lei. A decisão dos tribunais é norma jurídica, obrigando as partes a ela submetidas. O mesmo verifica-se no caso dos contratos regularmente celebrados ou das resoluções ministeriais que dispõem sobre determinado assunto.

Pode-se dizer, nesse sentido, que a obrigatoriedade é inerente à vida do direito. Logo, as leis obrigam porque é característica do ordenamento jurídico vincular os seus destinatários. Para o jusnaturalismo, a obrigatoriedade da lei deriva da compatibilidade com um corpo de regras não escritas que constituem o direito natural. A norma é válida e, portanto,

obrigatória, somente se for justa. Com a positivação do direito – fenômeno pelo qual as regras são postas em virtude da decisão do legislador – o ordenamento jurídico contempla critérios próprios de validade das normas. A obrigatoriedade, dessa forma, resulta da obediência aos procedimentos para a criação das regras jurídicas.

Onde quer que existam normas jurídicas, a conduta humana não é opcional. Os comportamentos previstos são obrigatórios, pois a violação da norma sujeita o indivíduo a sofrer uma sanção. É justamente esse caráter impositivo que confere a especificidade do direito como ordem social, permitindo distingui-lo tanto da moral quanto da religião.

Aquele que infringe uma norma religiosa deve receber a punição correspondente após a sua morte. A expiação dos pecados cometidos tem natureza de sanção transcendental, aplicada por uma autoridade supra-humana e destinada a produzir efeitos no além-mundo.

Diversamente, a violação das normas morais acarreta ao infrator consequências experimentadas no plano da consciência individual. O remorso, a frustração e o sentimento de culpa são exemplos de sanções morais que acometem os indivíduos ao longo da existência.

As normas morais são incompatíveis com o uso da força física. Não age moralmente quem tenha sido compelido pela força a adotar este ou aquele comportamento. As normas morais exigem adesão espontânea da consciência, fato que pressupõe a liberdade do sujeito, expressa na possibilidade de escolha entre várias opções.

Não integram a estrutura das normas morais e religiosas os efeitos que decorrem do seu descumprimento. A norma "não matarás" não prevê o que sucederá para o infrator que a violar. Por essa razão costuma-se afirmar que as sanções morais e religiosas constituem um acréscimo a norma, a despeito de não integrarem a sua configuração originária.

Enquanto a moral requer liberdade e espontaneidade, a ordem jurídica pode valer-se da força para promover o cumprimento das normas que dela fazem parte. Tal acontece, por exemplo, quando a prática de um ilícito enseja a aplicação da sanção.

O delinquente condenado à prisão sofre a privação da liberdade em razão do delito que cometeu. Ao comprador é dado pleitear que o vendedor entregue na data aprazada a mercadoria vendida, sob pena de ressarcir os prejuízos causados.

A possibilidade de lançar mão do constrangimento físico para obrigar alguém a agir, ressalta que a exigibilidade é nota identificadora da experiência jurídica. Ela se traduz no complexo de poderes e faculdades que o ordenamento confere aos sujeitos para a realização dos seus interesses.

Não é preciso que haja reciprocidade entre os titulares dos poderes e faculdades outorgados pela ordem jurídica. Basta simplesmente que possam ser exigidos inclusive com o emprego da força.

O direito é assim heterônomo e coercível porque prevê as condições para o exercício da força. A coercibilidade não significa que pertença à natureza do direito obter à força certos comportamentos, mas que a força intervirá sempre que se verifiquem os pressupostos instituídos pelas normas jurídicas.

A necessidade de referência expressa às circunstâncias em que se admite o uso da força indica outra característica do direito: a pré-determinação da sanção. Ao contrário da moral, a sanção jurídica é claramente determinada pela norma. O indivíduo sabe previamente que consequências advirão do ato que praticar.

O direito notabiliza-se por regular de forma objetiva os comportamentos sociais estatuindo sanções para as hipóteses de violação das normas. Com isso, amplia-se o grau de certeza e previsibilidade das relações sociais, já que cada qual conhece por antecipação o que irá ocorrer quando for adotada conduta diversa da prevista.

Em matéria jurídica a importância da tipicidade dos comportamentos é tamanha que no direito penal vigora o princípio segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina.

Além de tipificar as condutas humanas estabelecendo as consequências dos atos praticados, o direito caracteriza-se, também pela organização da sanção. É necessário, em outras palavras, que seja organizado um aparato

coativo para aplicar a sanção. Por esse motivo a sanção jurídica é institucionalizada, porque é indicado tanto o processo de apuração do delito quanto o órgão encarregado de aplicar a sanção a quem tenha violado a norma.

Com a institucionalização da coação a força converte-se em monopólio do Estado, único poder capaz de decidir em última instância sobre a legitimidade do seu uso. Este fato, peculiar à Era Moderna, é substancialmente diferente do que acontecia no passado.

Na Antiguidade, a vingança coletiva e a vingança privada eram formas de autotutela pelas quais os próprios indivíduos vingavam a morte de um membro da família ou clã. O emprego da força não era privilégio de qualquer instituição política.

Durante o processo que culminou com a formação do Estado moderno houve a passagem de uma época marcada pela dispersão para outra em que prevaleceu o monopólio da força. Regra geral, a força é de competência exclusiva do Estado, só excepcionalmente sendo o seu uso atribuído aos particulares. Mesmo nestes casos a atribuição é feita mediante delegação estatal.

Muitos consideram que o monopólio da força é fator sem o qual não se pode alcançar a paz em qualquer comunidade. Não se trata, é óbvio, da paz em sentido absoluto, na qual o emprego da força está totalmente ausente. A paz assegurada pelo direito seria apenas relativa, pois a ordem jurídica estabelece as circunstâncias, os procedimentos e as pessoas que têm a incumbência de empregar a força.

Por longo tempo, o direito foi considerado como conjunto de normas coativas, ou seja, como conjunto de normas que têm na força o seu meio de realização. Esta definição foi criticada por Hans Kelsen, Alf Ross e Karl Olivecrona, que evidenciaram ser a força o conteúdo das regras legais, não o meio de realizar as normas que compõem o ordenamento.

Segundo Kelsen, a norma não é jurídica porque sua eficácia é assegurada por outra que estabelece uma sanção. Para ele, a coação não é um problema de assegurar a eficácia das normas, senão uma questão relativa ao seu

conteúdo.

Alf Ross por sua vez afirma, na tentativa de distinguir um ordenamento jurídico de outro, que a ordem jurídica é um corpo integrado de regras para o estabelecimento e funcionamento do aparato coativo do Estado. Analogamente, para Olivecrona o direito consiste em regras que contêm pautas de conduta para o exercício da força.

As análises mais recentes, porém, têm procurado destacar que as transformações do papel do Estado têm acarretado importantes mudanças nas funções do direito. A preocupação deve sob esse aspecto concentrar-se em analisar as novas funções do direito.

No Estado liberal, o ordenamento jurídico visava conservar a sociedade punindo os comportamentos indesejáveis. Com a intervenção do Estado no domínio social o direito passa a estimular as condutas vantajosas, valendo-se, para isso, das chamadas normas de incentivo, cujo exemplo mais conspícuo é representado pelos incentivos fiscais.

No primeiro caso, o controle social era feito com base nas sanções negativas que se concretizavam com o emprego da força contra os comportamentos desviantes. No segundo, a mudança é obtida por intermédio das sanções positivas utilizadas para estimular e encorajar as condutas desejáveis. Como resultado, a concepção do direito que realça o seu aspecto meramente repressivo cede lugar à crescente importância das análises que põem em relevo as técnicas promocionais que não se destinam a conservar, mas a transformar a sociedade.

Sem desprezar a importância da força para o direito, a qual possibilita que seja aplicada a sanção, Tercio Sampaio Ferraz Jr. considera, não obstante, que o caráter jurídico das normas é dado pelo seu grau de institucionalização. Ao buscar na teoria da comunicação subsídios para a análise do direito, Tercio observa que a juridicidade das normas é obtida pela institucionalização da relação entre o emissor e o receptor da mensagem normativa.

Para ele, a comunicação em geral e a comunicação normativa em particular ocorrem em dois níveis: o nível relato e o nível cometimento.

Enquanto o relato se confunde com a mensagem transmitida, o cometimento determina a relação entre os comunicadores. Quem diz "feche a porta" emite uma mensagem e ao mesmo tempo indica a maneira como o receptor deve encará-la, como ordem ou como simples pedido. O tom da voz e o uso imperativo da linguagem são formas de expressão do cometimento, estabelecendo as relações entre as partes que se comunicam.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., o cometimento jurídico é fruto da referência a um terceiro comunicador: o juiz, o costume, o legislador. A referência ao terceiro comunicador permite na comunicação normativa a institucionalização da relação autoridade–sujeito, decisiva para que o direito possa existir.

Na Era Moderna são jurídicas as normas que integram sistemas normativos que gozam do consenso anônimo e presumido de toda a sociedade. As instituições não são, nesse sentido, acordos fáticos, mas suposições comuns a respeito de convicções comuns dos outros. Consistem em abstrações sociais apoiadas em procedimentos como a eleição, a decisão em assembleia, o voto solene e público.

Tais procedimentos, na opinião de Tercio Sampaio Ferraz Jr., garantem a algumas normas, em face de outras, maior grau de institucionalização.

Por esse motivo, é possível compreender por que o acordo entre credor e devedor para diminuir ficticiamente o preço a fim de que seja menor o imposto incidente não prevalece contra a norma tributária que tendo sido aprovada conforme os requisitos estabelecidos pelo procedimento legislativo apresenta maior grau de institucionalização, isto é, de consenso presumido de terceiros.

Seja como for, a obrigatoriedade do direito exige a aplicação das normas jurídicas aos casos concretos.

A criação de normas jurídicas gerais não deixa de ser uma forma de aplicação da Constituição, do mesmo modo que os contratos celebrados pelas partes aplicam as normas gerais que os regulam.

Em sentido técnico, contudo, a aplicação do direito designa a atividade voltada a solucionar os conflitos sociais por meio de decisões vinculantes

para os destinatários. A aplicação pressupõe tanto a interpretação das regras legais quanto a capacidade de impor as decisões aos sujeitos subordinados.

No passado, sob a vigência do Estado liberal, o princípio da hierarquia cumpria a função de indicar a maneira de organização das normas no interior do sistema jurídico. As normas jurídicas em sentido amplo e não apenas as leis organizavam-se hierarquicamente a partir da Constituição.

Hans Kelsen, um dos maiores juristas do século passado, afirmou que o sistema jurídico tinha a forma de uma pirâmide, cujo topo é ocupado pela norma fundamental. Segundo esse entendimento, a Constituição – norma fundamental em sentido lógico-positivo – seria a fonte comum de validade das demais normas, garantindo, assim, a unidade do sistema.

O advento do Estado intervencionista mostrou que na prática nem sempre a hierarquia preside o relacionamento das normas que compõem o ordenamento. Via de regra, normas inferiores sobrepõem-se às normas superiores, iniciando novas cadeias normativas.

O princípio da hierarquia tem natureza jurídico-política, servindo igualmente como critério que deve orientar o procedimento dos juízes e tribunais no julgamento dos litígios. Do ponto de vista analítico, todavia, deixa de ter função explicativa. Os ordenamentos jurídicos atuais não são necessariamente hierárquicos, a despeito de manifestarem coerência interna. São, na realidade, equifinalísticos, já que o mesmo ponto final pode ser atingido a partir de origens em meios diferentes.

4. A personalidade jurídica

O art. 2° do Código Civil declara que "Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil". Dois conceitos podem ser inferidos dessa afirmação: o de personalidade e o de capacidade.

Ressalta, em primeiro lugar, que todo homem é pessoa e, como tal, sujeito de direitos e obrigações. A identificação entre homem e pessoa, presente na maioria dos códigos contemporâneos, não ocorreu na maior parte da história.

É recente a atribuição de personalidade aos seres humanos em geral. Na Antiguidade, os escravos não eram sujeitos jurídicos, não podiam ser titulares de direitos e deveres, não lhes sendo dado exigir ou pretender algo em face de outrem.

Eram, ao contrário, objetos de direito. O senhor deles dispunha sem quaisquer restrições.

A propósito, o termo pessoa não designava, em princípio, o ser humano. *Persona* significava no teatro romano a máscara usada pelos atores para tornar a voz vibrante e sonora.

Depois a palavra passou a indicar o ator mascarado ou o personagem por ele representado. Esta acepção foi logo transposta para outros setores da vida social, referindo-se à função, posição ou qualidade de alguém. Só mais tarde o vocábulo foi empregado para designar o homem em sentido genérico.

O cristianismo buscou superar a divisão entre cidadãos e escravos,

existente nas sociedades antigas, sustentando a igualdade dos homens diante de Deus. A dignidade moral que os caracteriza impediria tratá-los como coisa.

Para o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, o homem, onde quer que esteja, tem direitos inatos que precedem a ordem jurídica positiva. Esta deve garanti-los, propiciando as condições para que tenham eficácia. Na ética Kantiana o homem é um fim em si, o que não admite a sua redução à situação de objeto.

A partir do início do século XIX, generalizou-se nos grandes códigos modernos o reconhecimento de que todo ser humano é dotado de personalidade, razão pela qual é capaz de direitos e obrigações. Savigny, o fundador da Escola Histórica, realçou que somente o indivíduo tem capacidade jurídica. Com isso, pretendeu pôr em relevo o fato de que o homem é o sujeito jurídico por excelência.

O direito poderia, contudo, modificar – ampliar e até mesmo suprimir – a capacidade do sujeito, bem como criar uma pessoa "artificial". Haveria, assim, um dualismo entre a personalidade "natural", que corresponde ao homem, e a artificial, construída pelo direito.

Da relação entre personalidade e capacidade feita pela Ciência Jurídica nos últimos dois séculos, não se pode deduzir que o indivíduo, em qualquer circunstância, possa exercer direitos com plenitude ou responder pelos atos que pratica. A necessidade de segurança exige que se restrinja a capacidade para o exercício dos direitos.

Com esse objetivo, a doutrina vale-se de construções técnicas que permitem estabelecer critérios para a solução dos conflitos sociais. Assim, por exemplo, é habitual distinguir entre capacidade de direito ou de gozo e capacidade de fato.

A capacidade de direito, que se confunde com a própria personalidade, é comum à totalidade dos indivíduos: a capacidade de fato, por sua vez, depende do preenchimento de certas condições. Requisitos específicos pertinentes à saúde e à idade são necessários para a sua obtenção.

Os loucos, os surdos-mudos e os menores de dezesseis anos são

considerados absolutamente incapazes, estando inabilitados para os atos da vida civil.

A capacidade de fato pressupõe a capacidade de direito; o inverso, porém, não é verdadeiro. É frequente alguém adquirir um direito sem poder exercê-lo por si mesmo.

Os bens pertencentes aos filhos menores são administrados pelos pais, que no caso atuam como representantes legais. Situação análoga verifica-se em matéria de capacidade política e capacidade delitual.

O exercício dos direitos políticos é prerrogativa apenas de quem cumprir as exigências impostas pela legislação. Da mesma maneira, os menores de dezoito anos são, do ponto de vista penal, inimputáveis, ou seja, não respondem pelos crimes que vierem a cometer.

A capacidade, em sentido amplo, é a aptidão para ter direitos e obrigações; em sentido específico, consiste na possibilidade concreta de exercê-los. Estabelece, por isso, uma medida da personalidade delimitando os direitos de que cada qual é titular.

A personalidade jurídica compreende as funções ou papéis desempenhados pelos indivíduos. Os papéis de pai, filho, comprador, cidadão e juiz são fixados objetivamente, podendo ser ocupados por quantos se encontrarem nas situações previamente descritas.

Distingue-se, portanto, do conceito moral de pessoa. No campo da ética, pessoa é o sujeito capaz de propor fins e encontrar meios de concretizá-los. Assim procedendo, o homem transcende a sua objetividade empírica, agindo axiologicamente. Possui a faculdade de imprimir um sentido à conduta, o que lhe permite edificar a esfera da subjetividade.

Ao lado do ser humano individual, o ordenamento confere personalidade a entidades coletivas denominadas pessoas jurídicas. Diversas teorias foram elaboradas para explicar a sua natureza.

A teoria da ficção, que teve em Savigny o seu principal defensor, afirma que a pessoa jurídica é um ente artificial criado pelo direito. O caráter fictício resulta da constatação de que muito embora não seja sujeito dotado de vontade – atributo exclusivo da pessoa física – a lei o considera como tal,

outorgando-lhe personalidade.

Serviria para realizar propósitos que de outro modo não poderiam ser alcançados. O âmbito de ação que lhe é reservado limitar-se-ia ao objeto previsto no estatuto ou na lei criadora.

Não teria capacidade delitual, haja vista que o ordenamento admite que atue tão-somente para a consecução de fins lícitos. Na qualidade de mero artifício técnico, o Estado gozaria de inteira liberdade para criá-lo ou dissolvê-lo quando julgasse conveniente.

As teorias realistas, por outro lado, alegam que a pessoa jurídica constitui um dado objetivo, cabendo ao direito reconhecer a sua existência. Segundo Otto von Gierke, autor da mais conhecida tese realista, a pessoa jurídica é um organismo que dispõe de vontade própria, a qual não se confunde com a soma das vontades individuais dos membros que a compõem.

Seria, na verdade, a vontade comum dos membros, atingida mediante procedimentos fixados nos atos constitutivos. Em razão disso, é considerada sujeito de direito, à semelhança do que se passa com a pessoa física individual.

Para agir no plano externo são utilizados órgãos que não a representam, mas que são a pessoa jurídica mesma. Como é dotada de vontade, pode praticar atos ilícitos, em oposição ao que havia imaginado a teoria ficcionista. Se a morte importa na extinção da pessoa natural, a destruição ou o desaparecimento do organismo social extingue a pessoa jurídica.

Fiel aos pressupostos do normativismo, Kelsen pretendeu ver o problema sob outro prisma. O ponto de partida é a crítica à teoria tradicional que identificava o homem à pessoa.

Para ele, o homem é uma entidade biológica e psicológica, ao passo que a pessoa é um ente puramente jurídico. Trata-se de um conjunto de normas que apresentam certa unidade.

Não haveria diferença fundamental entre a pessoa física e a pessoa jurídica. A distinção residiria em que, no caso da pessoa física, as normas se referem a um homem apenas, enquanto na hipótese da pessoa jurídica dizem respeito a um grupo de indivíduos.

Os atos realizados pelos seres humanos são, muitas vezes, imputados a conjuntos normativos personificados pela Ciência do Direito. Sempre que se menciona que dada sociedade praticou algum ato, o que se faz é atribuir ao sistema normativo que constitui a sociedade o ato praticado por um dos seus diretores.

O emprego dessa técnica visaria possibilitar a explicação abreviada dos fenômenos jurídicos. Caso isso não acontecesse, seria necessário descrever pormenorizadamente as normas que dão vida à sociedade, bem como os atos de vários indivíduos.

Para Kelsen, o órgão da pessoa jurídica é o próprio indivíduo cujos atos, em virtude de autorização prévia, são atribuídos ao sistema de normas que a constitui.

Enquanto as pessoas jurídicas, em geral, formam ordenamentos jurídicos parciais, o Estado é o ordenamento jurídico nacional, uma vez centralizado. O Estado confunde-se, sob essa ótica, com o próprio direito, referindo-se à totalidade das normas nacionais. A despeito de se referir à pessoa jurídica como recurso técnico que proporciona a descrição simplificada de muitas situações, Kelsen não a considera como ficção, mas como ente real, isto é, conjuntos normativos aos quais são atribuídos os atos individuais.

Já a teoria da instituição, desenvolvida, sobretudo na obra de Maurice Hauriou, destaca que as pessoas jurídicas existem para realizar os fins que motivaram a sua criação. A finalidade que une os homens em torno de objetivos comuns é, por assim dizer, o seu traço essencial. Define-se como unidade de fins que exige que seja criada uma organização para realizar as metas propostas.

Das teorias expostas até agora é possível, afinal, concluir que a pessoa jurídica é um conjunto de papéis integrados de forma sistemática no estatuto. Diversamente da pessoa física em que os papéis se comunicam, na pessoa jurídica os papéis são isolados e posteriormente reagrupados nas disposições estatutárias. É decisivo apenas que os papéis se encontrem previstos no estatuto.

O órgão, nessa perspectiva, é o papel isolado que foi regulado pelo

estatuto. Quando se diz que o presidente de uma companhia celebrou determinado contrato, não foi o pai, o filho ou o cidadão que agiu, mas o papel estatutário de diretor.

As pessoas jurídicas são de direito público e de direito privado. As primeiras podem ser de direito público externo e de direito público interno.

Considerado, do ponto de vista externo, o Brasil tem personalidade jurídica internacional. Sujeito de direitos e obrigações é responsável pelos atos que pratica no plano internacional, vincula-se aos tratados celebrados e aos compromissos que venha a assumir. A situação de pessoa jurídica soberana confere-lhe independência frente aos demais Estados e o poder de declarar o direito válido no território nacional.

No âmbito interno, a Constituição consagrou a forma federativa promovendo a repartição de competências entre unidades distintas. A esfera de ação reservada à União, aos Estados e aos Municípios é traçada pelo texto constitucional, a quem cabe estabelecer a competência exclusiva dos membros da federação e as matérias em relação às quais mais de um deles terá a faculdade de legislar.

São entes autônomos, posto que dispõem do poder de editar normas no domínio que lhes é definido pela Carta Magna. O Estado brasileiro não é assim uma realidade única, subdividindo-se em diferentes unidades, cada qual com personalidade jurídica própria. Mas as pessoas jurídicas de direito público não se restringem à União, aos Estados e aos Municípios.

A transformação do papel do Estado, que desde os anos 30 passou a desempenhar novas funções na vida social, exigiu estruturas institucionais mais sofisticadas, que viabilizassem com maior eficiência a consecução das tarefas propostas. A autarquia foi, sem dúvida, uma das alternativas encontradas para alcançar este objetivo.

Ela surgiu da necessidade de descentralização administrativa para a realização de certas atividades. Caracteriza-se por ser uma entidade específica criada para executar determinado serviço, em geral prestado pela administração pública centralizada.

Para que seja instituída é indispensável autorização legal. A autarquia

tem personalidade pública porque é titular de direitos e obrigações, não se confundindo com a pessoa que lhe deu origem.

Dispõe de capacidade limitada às finalidades que inspiraram a sua criação. Diz-se, por isso, que é regida pelo princípio da especialização que impede que sejam executados atos em desacordo com os propósitos originariamente fixados.

Para tanto, a autarquia necessita contar com dotação patrimonial compatível com o vulto da missão que lhe foi confiada, além de administração independente. Os administradores autárquicos gozam de liberdade de gestão imprescindível para buscar os meios necessários para a realização do interesse público. Subordina-se, entretanto, ao controle administrativo ou tutela, previstos para evitar a ocorrência de desvios funcionais.

Ao lado das autarquias figuram as fundações públicas, que dispõem de personalidade de direito público. São compostas por porções do patrimônio público destinadas a satisfazer fins de interesse coletivo.

As empresas públicas formadas por capital exclusivamente público podem ser organizadas sob qualquer das formas admitidas em direito. As sociedades de economia mista, por outro lado, organizam-se sob a forma de sociedades anônimas, notabilizando-se pela união de capitais públicos e privados para a exploração de atividade econômica.

Ambas, porém, têm personalidade de direito privado, integrando juntamente com as autarquias e fundações a chamada "administração indireta", ou seja, o complexo de pessoas jurídicas de direito público e de direito privado criadas pelo Estado para a execução de serviço público ou exploração de atividade econômica.

A doutrina tem procurado distinguir as pessoas públicas das pessoas privadas. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, são características das empresas privadas: 1- origem na vontade do particular; 2- fim geralmente lucrativo; 3- finalidade de interesse particular; 4- liberdade de fixar, modificar, prosseguir ou deixar de prosseguir os seus próprios fins; 5- liberdade de se extinguirem; 6- sujeição a controle negativo do Estado ou a simples

fiscalização (poder de polícia); 7- ausência de prerrogativas autoritárias.

As pessoas públicas, ao contrário, apresentam as seguintes características: 1- origem na vontade do Estado; 2- fins não lucrativos; 3- finalidade de interesse coletivo; 4- ausência de liberdade na fixação ou modificação dos próprios fins e obrigação de cumprir o seu escopo; 5- impossibilidade de se extinguirem pela própria vontade; 6- sujeição a controle positivo do Estado; 7- prerrogativas autoritárias de que dispõem.

O problema ganha importância particular porque via de regra o Estado cria pessoas jurídicas com personalidade de direito privado, o que torna indispensável averiguar a diferença de regime jurídico entre as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado criadas pela Administração.

Deve-se salientar, em primeiro lugar, que as autarquias e fundações públicas – exemplos típicos da primeira categoria – têm praticamente as mesmas prerrogativas e sofrem as mesmas restrições que os órgãos da administração direta. De modo diverso, as pessoas de direito privado que se originam no Estado exibem unicamente as prerrogativas e sujeitam-se às restrições previstas em lei.

Se for verdade que são muito semelhantes às relações que mantêm com as pessoas que as introduziram no mundo jurídico, União, Estados e Municípios, o mesmo não se verifica no tocante à organização e às relações com terceiros. As pessoas jurídicas públicas submetem-se ao direito público; excepcionalmente, mediante autorização legal, praticam atos privados, entre os quais se inclui a celebração de contratos de comodato, locação e compra e venda. As pessoas privadas, por sua vez, são habitualmente regidas pelo direito privado, excetuando-se apenas as hipóteses em que alguma norma de direito público estabeleça disciplina diversa.

A diferença de regime jurídico se explica pela necessidade sentida pela Administração de utilizar esquemas jurídicos mais flexíveis que lhe permitam atuar sem os entraves da administração direta. A submissão ao direito privado nunca é total, pois o interesse público impõe derrogações ao regime jurídico privado, fazendo prevalecer a vontade do Estado sobre a do

particular.

> As pessoas jurídicas de direito privado são entidades que se originam do poder criador da vontade individual, em conformidade com o direito positivo, e se propõem realizar objetivos de natureza particular, para benefício dos próprios instituidores, ou projetadas no interesse de uma parcela determinada ou indeterminada da coletividade.

Sob o rótulo de pessoas jurídicas privadas encontram-se entes que cumprem funções específicas no campo do direito. As associações são constituídas por indivíduos que se reúnem com o propósito de alcançar fins de natureza moral, religiosa, recreativa ou científica, entre outros, sem a preocupação de distribuir resultados entre os seus membros.

Já as sociedades consistem na comunhão de esforços ou recursos para a partilha dos benefícios oriundos do empreendimento. Visam, invariavelmente, à realização de objetivos econômicos.

O Código Civil de 2002 distinguiu as sociedades empresárias das sociedades simples. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro; e, simples, as demais. (art. 982). Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa (art. 982, parágrafo único). A caracterização do empresário é feita pelo art. 966 nos seguintes termos: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".

A noção de atividade exige a presença do sujeito que organiza os atos individualizados e uma finalidade comum que dê sentido aos atos isolados.

Ela é, no caso da atividade empresarial, uma finalidade econômica que envolve a predisposição de bens e serviços para o mercado. Este fato requer nos sistemas destinados à produção em série de bens, a presença de uma atividade contínua e um aparato organizacional que lhe sirva de suporte. A produção em série e o consumo em massa fizeram da empresa, entendida como conjunto de atos unificados por uma finalidade comum, o elemento definidor do direito comercial.

Vale lembrar, ainda, de outra figura jurídica de largo uso na vida cotidiana. As fundações não se formam, tal como acontece com as demais pessoas jurídicas de direito privado, graças ao concurso das vontades individuais. São, na realidade, acervos de bens aos quais é atribuída personalidade jurídica.

Para que se constituam é fundamental que uma pessoa, denominada instituidor, faça uma dotação de certo patrimônio, declarando o fim a que se destina. É preciso, também, que os estatutos sejam aprovados pelo poder público.

Por último, menção especial deve ser feita ao modo de constituição das pessoas jurídicas de direito privado. Como já se salientou estas entidades são criadas por obra exclusiva da vontade dos seus membros.

A personalidade jurídica surge apenas quando são preenchidas determinadas formalidades legais. No processo de nascimento das pessoas jurídicas, duas fases podem ser discriminadas: a da constituição e a do registro.

A fundação é constituída por ato intervivos ou por disposição testamentária, desde que sejam preenchidas determinadas formalidades legais, obedecendo-se os requisitos constantes do Código Civil.

Nas associações e sociedades o ato constitutivo que se formaliza em um contrato expressa a intenção de dar vida à pessoa jurídica cumprida a fase de constituição, para que a pessoa jurídica venha a existir é necessário efetuar o registro. Por esse ato é conferida publicidade aos acontecimentos principais que marcam a existência da entidade, como o começo e o fim da personalidade, bem como demais alterações por ela experimentadas.

Ao contrário do que sucede com as pessoas naturais, em que o registro possui força meramente probatória, já que a personalidade individual é adquirida pelo nascimento com vida, no caso das pessoas jurídicas; o registro não apenas prova a sua existência, mas tem o condão de atribuir-lhe personalidade jurídica. Assim, a personalidade jurídica começa quando o ato constitutivo é inscrito no registro público competente.

5. As divisões do direito: direito público e direito privado, direito internacional público e direito internacional privado

A dicotomia direito público – direito privado tem origem em uma famosa passagem de Ulpiano, Digesto 1.1.1.2: *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*. (O direito público refere-se ao estado da coisa romana, e o privado, à utilidade dos particulares.)

Segundo Norberto Bobbio, existe uma dicotomia sempre que a distinção em causa tem a capacidade de:

a) dividir o universo em duas esferas conjuntamente exclusivas no sentido de que todos os entes deste universo nelas se incluam e reciprocamente exclusivas no sentido de que o ente que figure na primeira não se encontre contemporaneamente na segunda;

b) estabelecer uma divisão simultaneamente total, pois todos os entes aos quais a disciplina se refere devem nela ter lugar, e principal, já que faz convergir em sua direção outras dicotomias que se tornam em relação a ela secundárias.

O peso da dicotomia direito público-direito privado sofre abalo a partir do final do século XIX, com a ruptura da separação rígida entre Estado e

sociedade nos moldes imaginados pelo liberalismo. De modo geral, pode-se dizer que a separação radical entre esfera pública e esfera privada tinha dois pilares fundamentais. Por um lado, a esfera privada era regida pelo princípio da livre concorrência, segundo o qual os preços deveriam ser livremente fixados e pela atividade comercial em pequena escala, que somente conhecia relações econômicas horizontais. Ela apresentava-se como zona neutra em relação ao poder, pois a autorregulação do mercado impediria a sua manifestação no plano econômico. Por outro lado, ao Estado cabiam apenas as funções de preservação da ordem interna e de manutenção da paz externa.

O modelo liberal de organização política da sociedade começa a transformar-se nos decênios finais do século XIX, quando tem início intenso processo de concentração econômica, o qual foi acompanhado pela politização dos conflitos sociais. A concentração de capitais aprofundou a dimensão das crises cíclicas que afetavam o sistema econômico, concorrendo para erodir as bases consensuais da estrutura normativa da sociedade. Em consequência, o processo social e político de legitimação pelos mecanismos do mercado livre fica comprometido no momento em que a continuidade das crises exige a ação da autoridade estatal para debelá-las.

Paralelamente aumenta a politização dos conflitos sociais com a formação dos sindicatos operários e dos primeiros partidos socialistas. Por intermédio da organização em partidos e sindicatos, os trabalhadores procuram compensar no plano político a inferioridade que tinham no campo econômico. Analogamente os empresários congregam-se em entidades associativas, transformando a sua força social em poder político.

Nesse contexto, a regulação do mercado torna-se cada vez mais objeto de disputas políticas entre grupos de interesse organizados. A intervenção estatal que se generalizou no decorrer do século XX, refletiu a emergência de novos conflitos de interesse que ultrapassam os limites da esfera privada, assumindo dimensão política.

Quando os antagonismos econômicos ganham o caráter de conflitos

políticos, o Estado passa a desempenhar a função de manter o equilíbrio do sistema, ora aceitando, ora repelindo as reivindicações dos diversos grupos e classes sociais.

A relação entre o setor público e o setor privado, contudo, somente foi alterada quando o Estado assumiu novas funções na vida social. O Estado intervencionista incumbe-se, em primeiro lugar, da gestão de serviços que anteriormente eram realizados pela iniciativa privada.

Para desempenhar a nova função o Estado utiliza estratégias que compreendem desde a delegação de tarefas públicas a pessoas privadas e a coordenação da atividade econômica, à montagem de vasto aparato empresarial para a produção e distribuição de bens e serviços.

Em segundo lugar, o Estado deseja controlar as modificações na estrutura social, seja prevenindo ou atenuando os seus efeitos, seja promovendo a sua realização ou dirigindo o seu sentido.

Com efeito, generaliza-se a intervenção estatal no domínio das relações de troca e do trabalho social. Referida intervenção, que reflete a dinâmica política resultante do conflito de interesses entre grupos e classes opostos, acaba retornando sobre os próprios sujeitos que as geraram em um processo de realimentação constante.

Surge, então, o fenômeno duplo de estatização da sociedade e de socialização do Estado, que se expressa tanto pela transferência de competências públicas a pessoas privadas (refeudalização da esfera pública) quanto pela substituição do poder público pelo poder social. O resultado será, na opinião de Habermas, a formação de uma esfera social repolitizada, que não mais pode ser compreendida nem sociológica nem juridicamente, segundo as categorias do direito público e do direito privado. Tal esfera é constituída pelos setores estatizados da sociedade e socializados do Estado, que se interpenetram em funções que não mais se diferenciam.

Segundo Habermas, essa nova interdependência de esferas até então separadas encontra expressão jurídica na ruptura do sistema clássico de direito privado. O Estado Social demonstrou a existência de institutos que não mais podem ser enquadrados, quer no âmbito do direito público, quer

no âmbito do direito privado. No início do século este fato simbolizava a publicização do direito privado, reconhecendo-se mais tarde a ocorrência de fenômeno inverso, ou seja, a privatização do direito público.

Os exemplos multiplicam-se atingindo diretamente os dois institutos centrais do direito privado: a propriedade e o contrato. A legislação do Estado do bem-estar possibilita grande desenvoltura no tocante à disposição e regulação do uso dos bens privados. De modo semelhante, a teoria contratual clássica fundava-se na ampla liberdade das partes para a determinação dos conteúdos contratuais. A estandardização e unificação dos contratos reduziram a liberdade de contratar, cabendo à parte mais fraca aceitar ou recusar em bloco as cláusulas contratuais. A autonomia privada que no século XIX manifestava a vontade livre do homem foi igualmente abalada com a equiparação das relações contratuais de fato às relações jurídicas clássicas.

A regulação estatal de setores – como o crédito, a poupança, a moeda e o investimento – foi responsável pela formação do direito econômico, cujas normas têm natureza prospectiva regulando os efeitos das ações dos agentes econômicos. A produção e o consumo são disciplinados juridicamente de acordo com as metas previamente fixadas.

O direito público tradicional, que somente conhecera relações de subordinação hierárquica, vê-se agora dominado pela lógica contratual, pois verdadeiros contratos semipúblicos são celebrados entre partidos, sindicatos, associações privadas e o próprio Estado substituindo a regulação legal.

A interpenetração entre o Estado e a sociedade relativizou a importância das teorias elaboradas para distinguir o direito público do direito privado. A teoria do sujeito revelou-se insuficiente, já que muitas vezes o Estado conclui contratos regidos pelo direito privado. É o que sucede nos contratos de locação em que a administração se situa em posição semelhante à dos demais indivíduos privados.

A teoria do interesse também é insatisfatória. Ela contrapõe o interesse da sociedade, a ser realizado pelo Estado, aos interesses dos particulares.

Acontece, porém, que há interesses sociais que não são públicos no sentido tradicional, concorrendo para obscurecer a clareza da distinção.

Por último, as teorias da relação de dominação contrastam o poder de império, marca do direito público, com a paridade que identificaria o direito privado. Como já foi demonstrado acima, a contratualização do direito público mostra que não raro as normas jurídicas são produzidas pelo acordo entre grupos organizados, figurando o Estado como simples mediador.

Não obstante a insuficiência das explicações apresentadas, subsistem critérios que, a despeito da falta de generalidade absoluta, auxiliam o intérprete na ordenação da matéria, facilitando a decidibilidade dos conflitos. Sempre que o Estado age na condição de ente soberano, os atos que dele emanam se sobrepõem aos interesses privados, não admitindo qualquer modificação.

As suas normas são cogentes, circunstância que requer acatamento de todos. O interesse público que consubstanciam pode ser o do próprio Estado no direito administrativo, mas pode ser o da comunidade como um todo no caso do direito penal.

Além disso, o princípio da legalidade significa, no direito privado, que é permitido fazer tudo o que a lei não obriga ou proíbe. O princípio da autonomia privada faculta aos indivíduos a regulação dos seus interesses, desde que não contrariem os fins legais.

No direito público o princípio da legalidade significa que só é admitido fazer o que a lei permite. Quando não existir permissão expressa o ato em questão é considerado proibido. É o princípio da estrita legalidade.

O direito internacional público tem sido tradicionalmente entendido como o conjunto das regras escritas e não escritas que regula o comportamento dos Estados. Esta concepção surge com a Paz de Westfalia, origem da ordem internacional moderna, que considera os Estados como os únicos sujeitos das relações internacionais; os seus princípios são a igualdade soberana, a integridade territorial, a autodeterminação e a não intervenção. O recurso à guerra insere-se na esfera de competência dos Estados, que são livres para deflagrá-la quando julgarem conveniente.

O direito internacional clássico preocupa-se assim em:

a) delimitar as competências entre os Estados, especificando a base geográfica dentro da qual poderão atuar;

b) determinar as obrigações negativas (deveres de abstenção) e as obrigações positivas (deveres de colaboração e de assistência) impostas aos Estados no exercício de suas competências;

c) regular a competência das instituições internacionais.

A doutrina tem procurado apontar as diferenças entre o direito internacional e o direito interno. Enquanto o segundo é um direito de subordinação – as regras legais são elaboradas por órgãos previamente indicados, obrigando cidadãos e a administração pública – o primeiro caracteriza-se pela coordenação, no sentido de que as normas jurídicas somente vinculam se contarem com o assentimento dos sujeitos aos quais se destinam.

No plano doméstico verifica-se a centralização da produção normativa: a criação das normas é feita preferencialmente pelo Legislativo, mas essa tarefa pode ser exercida também pelo Executivo e pelo Judiciário. À administração cabe executar as leis, ao passo que os juízes e tribunais são incumbidos de julgar os conflitos, valendo-se inclusive do uso da força para assegurar o cumprimento das decisões judiciais.

Na vida internacional, ao contrário, não há centralização do poder; as normas são produzidas de modo descentralizado por intermédio dos tratados e do costume, inexistindo um governo mundial encarregado de aplicar as regras existentes. Da mesma maneira, a ausência de um sistema jurisdicional capaz de obrigar os destinatários subordina o respeito às decisões dos tribunais ao grau de boa vontade dos Estados. Nem por isso o direito internacional se converte em moral internacional, destituída de força obrigatória.

As represálias e as guerras são sanções previstas pelo direito internacional. A represália consiste na agressão consentida pela ordem jurídica à esfera de interesses de outro Estado realizada sem a vontade e mesmo contra a vontade deste. O emprego da força física não é requisito

necessário para a sua configuração.

Para Kelsen, a diferença entre a represália e a guerra é meramente quantitativa. A represália é uma agressão limitada a determinados interesses, a guerra é uma agressão ilimitada à esfera de interesses de outro Estado. As ofensas de interesses que as condicionam têm o caráter de violação do direito internacional, isto é, de delitos internacionais.

Diversamente, o direito internacional privado, concebido de forma ampla, ocupa-se da nacionalidade, da condição jurídica do estrangeiro, do conflito de leis e de jurisdição. "Todos os dias homens de nacionalidades e domicílios diferentes transpõem fronteiras, entabulam negócios, constituem lares e firmam contratos longe da pátria de origem ou do seu domicílio, sob a égide das leis estrangeiras, que se aplicam por determinação da própria soberania local."

Tudo isso sugere a importância de garantir certeza e previsibilidade do comércio internacional, protegendo-se igualmente o domicílio, os bens e a segurança do estrangeiro no exterior. O direito internacional privado desenvolveu-se a partir da necessidade de se forjarem critérios para determinar o direito a ser aplicado a relações jurídicas estabelecidas entre sujeitos que pertencem a sistemas jurídicos distintos. Tornou-se indispensável também precisar a competência do Judiciário de cada país em relação aos conflitos que envolvam pessoas, coisas e interesses que transcendem os limites de dada soberania.

Por influência da escola francesa foram acrescentados o estudo da nacionalidade em suas várias dimensões e as questões relativas aos direitos e deveres dos estrangeiros. Na Grã-Bretanha e nos EUA, porém, o seu objeto continuou a ser exclusivamente o conflito de leis.

Seja como for, não se pode deixar de reconhecer que a finalidade do direito internacional privado reside na criação de regras que orientem os juízes e tribunais na escolha da lei aplicável. Embora o conflito não desapareça, o juiz tem que decidir em face do caso concreto qual lei servirá para solucionar o litígio. Na verdade, a coincidência entre as legislações é inevitável, já que o ordenamento jurídico pretende oferecer resposta

unicamente para os problemas que surgem em seu âmbito de atuação.

O direito internacional público e o direito internacional privado teriam assim objetos próprios e fontes diversas. O primeiro, abrange as relações interestatais e os conflitos entre soberanias, tendo como fonte principal os tratados e convenções internacionais. O segundo, funda-se na legislação interna dos Estados; as matérias que lhe dizem respeito versam as relações entre os sujeitos privados, das quais o Estado não participa na qualidade de ente soberano. No direito internacional público a verificação da observância dos tratados compete aos órgãos internacionais que recebem esta função, ao passo que o controle da legalidade no direito internacional privado é atribuído ao Judiciário de cada país.

Pertencem, também, ao domínio do direito internacional privado as matérias regidas pelo direito internacional público que têm repercussão internacional. É o caso, por exemplo, dos problemas administrativos, fiscais, financeiros, processuais, penais e trabalhistas que envolvam o relacionamento de mais de um sistema jurídico.

Recentemente, Philip Jessup desenvolveu a concepção de "direito transnacional", que abrangeria as ações e acontecimentos que extrapolam as fronteiras nacionais. Ela incluiria o direito internacional privado e o direito internacional público, as relações entre Estados e entre sujeitos privados.

Inúmeros acontecimentos têm modificado a compreensão e o alcance tanto do direito internacional privado quanto do direito internacional público.

O crescente entrelaçamento dos mercados, ampliando em níveis jamais vistos o volume das trocas econômicas, foi responsável pelo aparecimento de práticas comerciais inéditas, as quais vêm sendo denominadas de nova *lex mercatoria*.

O recurso à arbitragem, aos princípios gerais do direito e aos costumes mercantis nos contratos internacionais, tem servido muitas vezes como meio de evitar a aplicação do direito estatal. Os códigos de conduta das empresas transnacionais e das associações econômicas internacionais acabam por se constituir em uma espécie de direito mundial, que

frequentemente se choca com os vários direitos nacionais. As empresas transnacionais passam a ter o seu próprio direito, que regula as suas atividades onde quer que elas se situem. Este fato ganhou tamanha importância, que o Código de Conduta das Empresas Transnacionais proposto pela ONU contém uma cláusula segundo a qual as empresas transnacionais devem respeitar as leis do país em que venham a operar.

A força desses fatos indica, embora por processos diferentes, o retorno aos particularismos jurídicos, semelhantes aos que existiam no passado. Novamente os estatutos pessoais e corporativos têm papel decisivo na definição do direito a aplicar. Conforme apontam as mais recentes investigações antropológicas, a emergência do direito pessoal relativiza a distinção entre direito e fato. Enquanto o direito de base territorial extrema a distinção entre direito e fato, preocupando-se mais com a instituição das normas do que com a fixação dos fatos, o direito pessoal tende a apagar esta distinção, ao procurar acentuar mais a fixação dos fatos do que a instituição das normas.

Desde as suas origens, o direito internacional público cumpre duas funções básicas: reduzir a anarquia por meio de normas de conduta que permitam o estabelecimento de relações ordenadas entre os Estados soberanos e satisfazer as necessidades e interesses dos membros da comunidade internacional. Essa dialética entre cooperação e coexistência, que sobrevive até nossos dias, tem sido profundamente afetada pelas transformações que marcaram o segundo pós-guerra.

O processo de descolonização das décadas de 1950 e 1960 proporcionou o aumento sem precedentes do número de Estados. No continente africano e asiático surgiram novos Estados como resultado das lutas de libertação nacional, que puseram fim à dominação europeia.

Atualmente existem 185 Estados, havendo, ainda, grande quantidade de comunidades que desejam organizar-se sob a forma de instituições estatais. No momento em que muitos Estados se agrupam em unidades maiores, entre as quais figuram as federações e confederações, registra-se fenômeno inverso, comprovado pela desintegração de Estados plurinacionais, como é

o caso da URSS e da Iugoslávia.

Tais fatos provocaram mudanças qualitativas importantes nas relações internacionais. A homogeneidade do passado foi substituída pela heterogeneidade, traço distintivo do sistema internacional contemporâneo.

Não mais existe consenso sobre as virtualidades das instituições políticas e econômicas elaboradas no ocidente. Governos revolucionários que querem expandir a sua influência externa constituem fontes de tensão e instabilidade.

Convicções ideológicas díspares geram atritos, aprofundando as divisões entre os países. Elevou-se, ao mesmo tempo, a insatisfação frente aos mecanismos de distribuição da riqueza mundial. Ao conflito Leste-Oeste, que dominou a cena internacional durante quase cinquenta anos e que desapareceu com a dissolução da URSS, veio juntar-se o conflito Norte-Sul, opondo os países ricos aos países pobres. Prova inconteste das mudanças em curso foi a formação no interior da categoria dos países pobres de novas subcategorias, como demonstra a existência do grupo dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, cujos interesses nem sempre coincidem.

Diferenças culturais e religiosas adquiriram, nas décadas de 1980 e 1990, relevância política até então desconhecida. A expansão do fundamentalismo religioso em algumas partes do mundo alcançou o próprio governo, em sentido oposto à tendência que no Ocidente simbolizou a separação entre a Igreja e o Estado.

Paralelamente amplia-se o grau de interdependência entre os países. A interligação entre os mercados dificulta a gestão da economia internacional. Como resultado, os Estados encontram-se mais vulneráveis aos efeitos dos acontecimentos externos.

A estabilidade econômica pressupõe entendimentos políticos que garantam a consecução de objetivos comuns. O êxito da Rodada Uruguai revela o significado dos acordos multilaterais para se evitar a discriminação e o protecionismo no comércio internacional.

O processo de institucionalização do sistema internacional, caracterizado

pela proliferação vertiginosa das organizações internacionais, tem contribuído para relativizar o caráter absoluto da soberania. A Carta das Nações Unidas, a propósito, proibiu o uso da força para a solução das disputas internacionais. Com isso, o recurso à guerra não mais se encontra no âmbito da competência soberana dos Estados.

A singularidade do presente manifesta-se na constatação de que a solução dos grandes problemas globais exige a cooperação entre os Estados. A poluição dos mares, do ar e dos rios, a destruição das florestas, a redução da camada de ozônio e a elevação da temperatura provocada pelo aquecimento global requerem novos mecanismos institucionais de cooperação. Percebe-se, desse modo, que, ao lado dos interesses especiais de toda ordem, começam a surgir interesses gerais que unem os homens onde quer que eles vivam.

Nesse contexto o direito internacional é influenciado quer pelas notas de voluntarismo, discricionariedade, relativismo e subjetividade, típicas do conceito de soberania, quer pelos limites que o meio coletivo impõe aos Estados no desenvolvimento de suas atividades. Enquanto o direito internacional clássico se baseava no princípio da reciprocidade na criação e execução das obrigações jurídicas internacionais, o direito internacional contemporâneo pretende modelar a realidade social. Ele deixa de voltar-se apenas à delimitação de competências, função eminentemente formal para converter-se em direito de regulamentação que define o comportamento dos Estados com vistas à satisfação de interesses gerais da comunidade internacional em seu conjunto.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que entrou em vigor em 1980, regulou o *jus cogens* determinando, no art. 53, que é nulo o tratado que, no momento da sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Não obstante a evidente inspiração jusnaturalista, o *jus cogens* previsto pela Convenção de Viena, não se confunde com as normas do direito natural. Não se desejou consagrar valores perenes, infensos a qualquer tipo de mudança. Analogamente ao que se passa com a ordem pública, no plano interno, as normas de *jus cogens* conferem maior

rigidez a certos valores essenciais para a convivência coletiva. Tais valores mudam de sociedade para sociedade e sofrem alteração com o passar do tempo em função das transformações políticas, econômicas e culturais. A realidade internacional tem, contudo, uma peculiaridade: faltam órgãos centrais de criação do direito com competência para adaptá-lo às novas preferências axiológicas.

A Convenção de Viena previu o *jus cogens,* mas não ousou definir o seu conteúdo. A dificuldade nessa matéria acabaria, na prática, inviabilizando o intento de codificá-lo em um tratado internacional. As normas de direito internacional são obrigatórias, mas só as normas de *jus cogens* são imperativas. A imperatividade é uma qualidade da norma, que impede a derrogação por acordo particular. Um tratado bilateral não é apto para derrogar norma de direito internacional geral com o *status* de *jus cogens.* A autonomia dos Estados restringe-se e os governos perdem a faculdade de dispor livremente dos seus interesses, submetendo-se aos ditames da ordem pública internacional. A liberdade de tratar contrai-se nos domínios em que o *jus cogens* penetra. As normas imperativas protegem valores vitais para a sociedade internacional que os Estados, em seu conjunto, compartilham. Os valores comuns gozam de prioridade e sobrepõem-se aos interesses individuais na vida internacional. As normas imperativas visam, ainda, a atenuar os efeitos da desigualdade de poder, reputando inválidos os tratados firmados mediante a ameaça ou o emprego efetivo da força.

A Convenção de Viena não esclareceu o sentido da expressão norma de direito internacional geral, que se pode referir, seja à necessidade de procedimento formal para a criação da regra, seja à adesão do Estado, mediante consentimento tácito. Não se elucidou se a norma em questão precisa contar com o aval da totalidade dos Estados, ou apenas de parte substancial deles. Nenhuma palavra foi dita acerca de um número reduzido de Estados recusarem-se a aderir e se essa não adesão tem força suficiente para impedir a formação da norma de *jus cogens*. A aceitação universal, expressa ou tácita, parece ser requisito imprescindível para que o jus cogens venha a existir. A norma regional, elaborada por número restrito de atores,

produz efeitos em um âmbito espacial determinado, devendo conformar-se às normas de alcance universal.

Diante da vertiginosa dinâmica dos acontecimentos internacionais, não seria apropriado que as regras de *jus cogens* tivessem caráter estático. Foi por isso que se decidiu estabelecer que uma norma de direito internacional geral só pode ser modificada por nova norma de direito internacional da mesma natureza. A intenção foi permitir a substituição das normas de *jus cogens* tornando, ao mesmo tempo, os critérios que a regulam mais rígidos. A substituição da regra de *jus cogens* subordina-se, assim, ao mesmo procedimento que a instituiu: o consentimento voluntário da totalidade dos Estados. Este fato é o reconhecimento explícito do conteúdo variável do *jus cogens,* que se ajusta aos valores predominantes em cada época. As regras de *jus cogens* têm origem convencional e consuetudinária. Da primeira espécie são as regras que proíbem o emprego ou a ameaça do emprego da força nas relações internacionais contrariamente aos princípios previstos pela Carta das Nações Unidas, as normas que proscrevem a pirataria, o genocídio e os crimes contra a humanidade, bem como o chamado direito humanitário, contemplado pelas quatro Convenções de Genebra de 1949. Pertencem ao segundo tipo as normas que exigem a assistência às pessoas, aos navios e aviões que se encontrem em situação de perigo.

A Convenção de Viena disciplina as consequências jurídicas que recaem sobre as convenções incompatíveis com a norma de *jus cogens*. O art. 53 dispõe que é nulo no momento da sua conclusão, o tratado que contrariar norma de *jus cogens*. Esta hipótese abrange as situações em que dado acordo é firmado em conflito com regra de *jus cogens* anteriormente existente. Já o art. 64 cuida do conflito entre um tratado, válido ao tempo em que foi celebrado, e uma norma de *jus cogens* superveniente. A nulidade, nesse caso, não deve ser retroativa, não afetando a validade do acordo no período em que a regra de *jus cogens* é desconhecida. Qualquer parte na controvérsia sobre a interpretação e aplicação dos arts. 53 ou 64 poderá, por pedido escrito, submeter a controvérsia à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes, de comum acordo, decidirem submeter a

controvérsia à arbitragem. Apesar de ser mera faculdade, sem caráter obrigatório, o recurso à Corte Internacional de Justiça seria meio hábil capaz de iluminar o conteúdo do jus cogens nas relações internacionais.

O conceito de *jus cogens* pressupõe o consenso em torno dos valores essenciais para a convivência internacional. No mundo plural, do limiar do século XXI, é complexa a tarefa de obter acordo sobre os valores fundadores da ordem que orientam o comportamento externo dos governos.

Schwarzenberger, crítico feroz do *jus cogens*, argumenta que a ordem pública internacional não é viável sem a presença de órgãos centrais que criem e apliquem as normas jurídicas. Visicher lembra que a previsão do *jus cogens* pela Convenção de Viena compromete a função do direito internacional de regular a coexistência entre os Estados soberanos. Carreau, por outro lado, observa que a indeterminação do conceito de *jus cogens* põe em risco a segurança e estabilidade das relações jurídicas internacionais, ameaçando o cumprimento normal dos tratados. As críticas ao *jus cogens* não diminuem a importância que ele possui para a transformação do direito internacional clássico baseado, unicamente, no consentimento dos Estados. A ordem pública internacional que o *jus cogens* sintetiza, é o esforço com vistas ao estabelecimento de um núcleo axiológico em torno do qual as relações internacionais devem organizar-se.

6. A importância da Constituição

O principal problema político do século XVIII foi estabelecer limites ao poder estatal. O abuso do poder havia sido a marca do Estado absoluto, assim entendido o Estado no qual o soberano não se vinculava às leis por ele criadas.

Para coibir os excessos dos governantes era necessário conceber mecanismos jurídicos e políticos capazes de evitar os abusos e garantir a liberdade dos cidadãos. O Estado constitucional representou, sob esse aspecto, a tentativa de controlar o poder por meio de um aparato institucional que refletia o ideal do governo limitado pelas normas legais.

O constitucionalismo surge, assim, com o claro propósito de instituir limites ao poder do Estado. É este, aliás, o objetivo do liberalismo ao defender o Estado mínimo em oposição ao Estado máximo, o Estado de direito em oposição ao Estado absoluto.

O Estado mínimo caracteriza-se por restringir suas funções à manutenção das condições de funcionamento do mercado e à resolução dos conflitos que possam ameaçar a estabilidade social. O Estado de direito, por sua vez, deve obedecer às leis estabelecidas de acordo com a Constituição.

O constitucionalismo e o liberalismo estão, pelo menos em sua fase inicial, intrinsecamente associados. A legalidade é, na ótica liberal, a melhor forma de limitar o poder.

Enquanto a legitimidade diz respeito à justificação do poder, a legalidade

enfatiza o modo do seu exercício. A primeira acentua o título que funda o direito de comandar; já a segunda, salienta a maneira como o poder é exercido. Poder legítimo é o que possui justo título, poder legal ao contrário, é o que se submete às normas jurídicas existentes.

Nesse sentido, a preocupação com a legalidade do poder guarda relação com o tema da superioridade do governo das leis, que desde a antiguidade grega percorre a tradição política ocidental. Para Platão, a felicidade da cidade é a consequência da subordinação dos governantes às leis. Aristóteles, por seu turno, considerou que a superioridade da lei decorre do fato de não estar contaminada pelas paixões humanas.

Mesmo durante o absolutismo monárquico não desapareceu a crença de que o soberano deveria sujeitar-se às leis naturais e divinas. A própria distinção entre o monarca e o tirano era feita com base na submissão a tais leis. O tirano não conhecia limites ao seu poder, a ponto de violar as leis naturais e divinas.

De outra ordem eram os limites impostos pelas chamadas leis fundamentais do reino, isto é, um corpo de leis consagradas pelo uso, que regulavam a aquisição e a transmissão do poder. O absolutismo não significa que o rei é livre para fazer o que deseja. Como governante o soberano não está obrigado a respeitar as leis por ele criadas, mas como homem o monarca deve obediência tanto às leis naturais e divinas quanto às leis fundamentais do reino.

O constitucionalismo, porém, como movimento que visa a limitar o poder, somente pode ser adequadamente compreendido quando contraposto ao absolutismo, que foi possível graças ao processo de centralização do poder que assinalou a formação do Estado moderno.

A Idade Média foi um período em que coexistiam múltiplos pólos de poder político. O Império, a Igreja e os senhores feudais exerciam o poder em âmbitos próprios de atuação, fato que garantia o relativo equilíbrio entre eles.

À pluralidade do poder correspondia a multiplicidade das fontes de direito, sem que houvesse qualquer relação hierárquica suscetível de ensejar

a supremacia de uma sobre as demais. O costume, a doutrina, a jurisprudência e a norma legal eram igualmente utilizados para a solução dos litígios.

O aparecimento do Estado moderno produziu a centralização do poder na figura do soberano. A formação dos Estados nacionais europeus ocorreu em dois planos distintos.

No âmbito externo, o Estado busca emancipar-se da Igreja e do Império, não reconhecendo nenhuma autoridade que lhe seja superior. No plano interno, a unificação do poder conduz a uma situação em que todos os poderes inferiores não têm existência independente, sendo antes emanação direta do Estado. Ambos os processos estão relacionados entre si.

À medida que o Estado se fortalece no interior, amplia-se o grau de independência externa até converter-se na forma suprema de organização da vida política.

A centralização do poder acarretou, também, a unificação das fontes do direito na lei, expressão da soberania estatal. O costume perde a antiga relevância, sendo aplicado apenas nas hipóteses previstas em lei. A doutrina continua a ser encarada como auxílio valioso para a interpretação do direito, não obstante a opinião dos juristas não tenha caráter vinculatório. Já a atividade jurisdicional desenvolve-se a partir da norma legal posta pelo Estado, deixando de ter a liberdade e a autonomia de que gozava no passado.

O Estado possui não apenas o direito de usar a força, mas o direito de usá-la de modo exclusivo em seu território. O poder de comandar, que transforma uma multidão de indivíduos isolados em um corpo político organizado, é o traço característico da nossa modernidade política.

A concentração do poder coativo no Estado foi considerada por Hobbes fator imprescindível para conservar a ordem, manter a paz e a segurança coletiva. A centralização da força era a condição para a paz e a segurança, que motivaram a constituição da sociedade e o abandono do estado de natureza.

Detentor do monopólio da força, o Estado absoluto não tinha limites

jurídicos, pois o rei não era obrigado a respeitar as leis existentes. A tentativa de limitar o poder, da qual o constitucionalismo é uma das principais manifestações, assume o papel de reação contra o Estado absoluto e os abusos por ele praticados.

Observou-se, em primeiro lugar, que a melhor maneira de limitar o poder seria dividi-lo entre órgãos diferentes. Assim, as funções de legislar, administrar e julgar deveriam ser realizadas por órgãos diversos em situação de equilíbrio.

A divisão de poderes daria origem a um sistema de freios e contrapesos pelo qual cada poder controlaria os restantes. O Executivo deveria ser controlado pelo Legislativo e este pelo Judiciário. Para que esse controle seja realmente efetivo é preciso que a magistratura seja independente e que a tarefa dos juízes circunscreva-se a "pronunciar as palavras da lei".

A teoria da separação dos poderes, elaborada por Montesquieu em *O Espírito das Leis*, inspirou a Constituição americana, bem como o constitucionalismo dos séculos XIX e XX. A separação dos poderes não quer dizer completa independência, significando apenas que a qualquer deles não é concedida a possibilidade de controlar todos os aspectos de determinado setor da vida social.

Em segundo lugar, os direitos naturais, teoria segundo a qual os homens são titulares de direitos inatos – a vida, a liberdade, a felicidade, a segurança – devem ser protegidos e garantidos pelo Estado e constituem limites externos ao poder estatal. Para o pensamento liberal, desde o princípio o Estado encontra-se limitado pelos direitos naturais, cuja proteção justificou o seu nascimento.

Ao conceber a sociedade como conjunto de homens livres e o Estado como organismo artificial criado pela vontade dos indivíduos, a teoria dos direitos naturais vincula-se ao contratualismo, que procura explicar a origem da sociedade e do Estado em um suposto acordo de vontades: o contrato social. Este fato provoca a mudança na forma de entender os termos do problema político.

Durante a Antiguidade e a Idade Média o organicismo sustentava que o

todo precede as partes, que a sociedade vem antes do indivíduo. O individualismo liberal inverte a relação afirmando, a primazia do indivíduo em face da sociedade, da parte diante do todo. A separação de poderes e os direitos naturais tiveram tamanha importância, que o art. 16 da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabeleceu que: "toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes não tem Constituição".

O constitucionalismo surge no século XVIII com o objetivo de limitar o poder. Ele dá início ao Estado de direito, cujos poderes são regulados por normas legais. Além de determinar quais são as autoridades competentes para a produção das regras jurídicas, fixando, ao mesmo tempo, os procedimentos para a sua elaboração, o Estado de direito tem, na perspectiva liberal, importante função ideológica e motivadora, uma vez que só são dignos desse nome os Estados que consagram à divisão dos poderes e os direitos naturais. Com isso são impostas duas espécies de limites ao poder estatal: os limites formais, relativos aos procedimentos exigidos para a produção do direito, e os limites materiais, que concernem à impossibilidade de editar leis que se choquem com os direitos naturais previstos na Constituição.

Sob esse ângulo, o constitucionalismo ao evidenciar o significado da Constituição para o Estado de direito já que todas as demais normas devem encontrar nela a sua fonte comum de validade permitiria racionalizar o poder que derivaria em última instância das regras legais existentes.

À subjetividade inerente ao absolutismo, o Estado de direito opõe a despersonalização do poder, que simbolizaria o triunfo do governo das leis sobre o governo dos homens.

O direito constitucional é o ramo do direito público que se ocupa do estudo das normas que tratam da natureza e funcionamento do Estado. Cabe-lhe indicar os princípios e normas constitucionais que instituem as bases políticas sobre as quais se assenta a organização do poder.

Recaem no âmbito da preocupação do direito constitucional as normas e princípios que versam a forma de Estado, a estrutura dos seus órgãos e os

limites da ação do governo. O âmbito do direito constitucional é mais amplo que a mera exposição do conteúdo das normas e princípios constitucionais. A sua função é também de verificar a eficácia das regras constantes da Constituição, indagando qual o seu grau de aplicabilidade em condições históricas e sociais específicas. Tudo isso, naturalmente, não dispensa a investigação dos valores que a ordem constitucional procura atingir comparando-os com as valorações sociais predominantes em cada época.

É particular o direito constitucional que se dedica à análise das normas pertencentes a uma única Constituição. Geral, ao contrário, é o direito constitucional que se volta para a sistematização dos elementos comuns que se encontram em experiências constitucionais diversas.

Talvez o antecedente mais longínquo das constituições modernas seja a Magna Carta pela qual, em 1215, os barões ingleses exigiram que o rei João Sem-Terra reconhecesse vários direitos, sobretudo em matéria fiscal. Em 1628, o Parlamento da Inglaterra aprovou a declaração de direitos denominada *Petition of Right* que, apesar de não introduzir novos direitos, declarou a existência de liberdades das quais não podia ser privado o povo inglês.

Foi comum no século XVII a celebração de contratos de colonização para regular aspectos específicos ao governo das Treze Colônias inglesas na América do Norte. Tais convênios revelam a intenção de ordenar a realidade, ideia que marcará a história do constitucionalismo.

Em 1653, apareceu o *Instrument of Government* de Cromwell, que muitos pensam ser a primeira Constituição escrita. As suas características têm grandes semelhanças com as apresentadas pelas constituições atuais.

A Constituição do Estado de Virgínia surgiu em 1776, contendo pela primeira vez uma declaração de direitos. Onze anos mais tarde, entrou em vigor a atual Constituição dos EUA. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Constituição francesa de 1791, na esteira das constituições americanas anteriores, consolidam as características que terão as constituições no período subsequente.

Durante o século XIX a quase totalidade dos Estados decidiu organizar o

poder com base na Constituição. Os países europeus, com exceção da Rússia, e as nações americanas recém-independentes promoveram a constitucionalização do poder, o que nem sempre significou a eliminação do arbítrio. Se for verdade que na América Latina a Constituição representou o símbolo da independência política, a discrepância entre a legalidade formal e a prática cotidiana das instituições possibilitou a permanência do arbítrio que o constitucionalismo quis evitar.

A partir da Primeira Guerra Mundial, o constitucionalismo clássico começa a sofrer grandes alterações. A ampliação dos direitos políticos permitiu a formação de partidos, associações e sindicatos, que passaram a formular reivindicações novas e originais.

A Constituição deixa de ser a mera expressão dos valores liberais, para buscar a realização dos ideais democráticos. Prova disso foi a adoção nas constituições mais recentes dos institutos do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular das leis.

A previsão dos direitos econômicos e sociais conferiu nova dimensão aos direitos individuais inseridos nas primeiras constituições. Em consequência, muda a função do Estado, que em vez de simplesmente proteger as liberdades civis e políticas é cada vez mais compelido a garantir a participação dos cidadãos nos benefícios produzidos pelo desenvolvimento econômico. Como se não bastasse, os textos constitucionais disciplinam matérias inicialmente não contempladas pelas constituições. Várias cartas constitucionais, nos últimos tempos, contêm normas sobre a população, o território e até mesmo os princípios que regularão as relações internacionais do Estado.

A Constituição, em sentido lato, confunde-se com a própria maneira de ser do Estado. Assim entendida, todo Estado tem Constituição, já que ela é composta pela totalidade dos elementos que integra a sua estrutura política. Em sentido estrito, porém, a Constituição é o conjunto das normas, escritas ou não, que se destina a regular a forma de Estado, a forma de governo, o modo de aquisição, exercício e transmissão do poder, além dos direitos fundamentais.

Se a grande maioria das constituições foi consubstanciada em textos escritos, esta não é, contudo, condição necessária para a sua existência.

A Inglaterra não dispõe de um documento escrito e solene que reúna as normas relativas à estrutura e funcionamento do Estado. A Constituição inglesa é obra do costume e da lenta sedimentação da tradição, que forjaram as principais instituições políticas, como é o caso do parlamentarismo britânico.

As constituições podem ser rígidas, semirrígidas e flexíveis, conforme sejam mais ou menos rigorosos os meios usados para a sua modificação. As constituições rígidas são alteráveis por processos especiais sensivelmente mais complexos que os empregados para a elaboração das leis ordinárias e complementares. Diversamente as constituições flexíveis são modificadas pelos mesmos processos de formação da legislação ordinária. As constituições semirrígidas são as que possuem uma parte alterável tão somente por procedimentos especiais e outra que admite modificação pela via ordinária, como ocorreu com a Constituição brasileira de 1824.

A prática demonstra que as normas constitucionais gozam na maior parte dos Estados de estabilidade superior à da legislação infraconstitucional, obtida principalmente graças à existência de mecanismos procedimentais que dificultam a possibilidade de mudança. Isto não quer dizer imutabilidade, mas a tentativa de garantir preeminência a certas normas que definem as bases políticas do Estado. Assim, é usual que se aceitem emendas e revisões da Constituição, contanto que obedeçam a requisitos mais rigorosos que os ordinários.

A doutrina jurídica costuma distinguir entre normas materialmente constitucionais e normas formalmente constitucionais. As primeiras referem-se à forma de Estado e de governo, ao exercício do poder e aos limites a ele estabelecidos pelos direitos fundamentais. Tais regras podem ou não fazer parte da Constituição escrita, como por exemplo acontece no Brasil com a legislação eleitoral, que não integra o texto da Constituição.

As normas formalmente constitucionais são as que, regulando outras matérias, foram incluídas na Constituição a fim de que desfrutem de maior

estabilidade. Fala-se, então, em Constituição em sentido material e Constituição em sentido formal. A Constituição em sentido material englobaria todas as regras materialmente constitucionais, estejam ou não inseridas na Constituição escrita. Já a Constituição em sentido formal compreenderia unicamente as regras constantes do texto constitucional.

Esta classificação, todavia, parece não refletir as transformações do constitucionalismo contemporâneo causadas pela mudança do papel do Estado na vida social e pela ampliação dos direitos políticos. Ela tem, na realidade, natureza ideológica, ocultando o preconceito liberal em relação às matérias que têm natureza tipicamente constitucional.

7. As características do Estado brasileiro

Considerado do ponto de vista jurídico, o Estado brasileiro pode ser visto sob dois aspectos diferentes. No âmbito interno, ele diversifica-se na União, estados-membros e municípios, cujas esferas de competência se encontram determinadas pela Constituição. Trata-se de matéria de interesse eminentemente doméstico, que não repercute nas relações exteriores do país.

No plano internacional o Estado brasileiro é pessoa de direito público externo, isto é, tem capacidade para contrair direitos e obrigações perante os outros Estados e os entes privados em geral. Nas relações jurídicas que venha a estabelecer é encarado como totalidade, a despeito dos dispositivos constitucionais que preveem a forma federativa.

Traço essencial que caracteriza a existência do Estado, a soberania é o poder de declarar, em última instância, a validade do direito dentro de certo território. Ela se traduz, ao mesmo tempo, pela supremacia sobre as pessoas e coisas no interior de dado espaço territorial, bem como pela afirmação de independência em relação a qualquer outro poder existente fora dele. Este fato provoca tanto a exclusão das demais ordens jurídicas quanto assegura a possibilidade de o Estado atuar no campo de ação que lhe é reservado.

A soberania pressupõe, como se vê, as noções de território e população. É preciso, em outras palavras, delimitar a área geográfica e o conjunto de pessoas sobre os quais ela será exercida.

O território nacional é o domínio espacial de vigência da ordem jurídica brasileira, abrangendo o solo e o subsolo, o mar territorial e o espaço aéreo. Para a delimitação do território contribuem os princípios de direito internacional público.

Já a população é constituída pelo conjunto de indivíduos, nacionais e estrangeiros, que vivem no Brasil em caráter permanente. A dimensão pessoal do Estado brasileiro, todavia, compreende além da população que aqui vive os nossos compatriotas no exterior. É a chamada comunidade nacional.

Longe de ser apenas a expressão particular do momento inicial de formação dos Estados, o tema da nacionalidade tem especial relevância na história política moderna. Durante o absolutismo monárquico a tradição era o fundamento da obrigação política. A autoridade do rei derivava de uma regra consuetudinária consagrada pelo uso.

A partir do final do século XVIII o poder dos governantes torna-se o produto da vontade popular, a qual passa a ser o critério por excelência de organização da comunidade política. Em consequência, a ideia de nação adquire significado político. O princípio da nacionalidade teve papel decisivo na unificação italiana e alemã e foi utilizado após a Segunda Guerra Mundial para legitimar as reivindicações de criação de novos Estados.

É esclarecedora, a propósito, a origem etimológica do termo nação. Derivado da palavra latina *natio*, de *natus,* particípio de *nascor*, designava, em princípio, a ação de nascer. Aplicado a coletividades, indicava os nascidos no mesmo território e, por isso, originários do país, em oposição aos alienígenas.

Somente depois das revoluções francesa e americana o termo nação será usado para designar a organização política do povo, verificando-se a identificação entre o Estado e a Nação. No século XIX, duas correntes buscaram explicar a especificidade da nação, contrapondo-a ao mero agrupamento dos indivíduos. A primeira, de caráter objetivo, enfatiza a identidade da língua e da raça, a comunidade do território e a existência de um patrimônio cultural comum.

A segunda, de natureza subjetiva, acentua a consciência que têm os homens de formarem um grupo diferenciado dos demais. Ganha destaque o aspecto psicológico representado pelo sentimento de pertencer à dada comunidade. Ao contrário do que se passa com a corrente objetiva, a preponderância recai sobre a adesão voluntária dos indivíduos.

A compreensão de que os Estados modernos são, muitas vezes, compostos por várias nações levou o jurista a encarar a nacionalidade como vínculo entre o indivíduo e a organização estatal. A condição de membro do Estado confere-lhe direitos e obrigações definindo o seu *status* jurídico. A nacionalidade é, portanto, vínculo jurídico e político, que permite distinguir entre nacionais e estrangeiros, além de possibilitar ao Estado o exercício da competência pessoal em relação aos seus nacionais que vivem no exterior.

Nacionalidade e cidadania não se confundem. Enquanto a nacionalidade realça o elo entre o indivíduo e o Estado, a cidadania representa a titularidade dos direitos políticos. A nacionalidade é requisito para ser cidadão, mas a perda dos direitos políticos não suprime a condição jurídica de nacional.

O estudo da nacionalidade serve para determinar as regras jurídicas aplicáveis em cada caso. Estabelece qual Estado é encarregado de efetuar a proteção diplomática, precisando quais indivíduos gozarão dos direito civis e políticos previstos pela ordem jurídica interna.

A natureza eminentemente doméstica das questões de nacionalidade foi substituída, nas últimas décadas, pela preocupação com os seus reflexos na esfera internacional. Diversos documentos foram firmados em uma clara tentativa de disciplinar situações que extrapolam o âmbito interno dos Estados.

A Convenção de Haia de 1930 conferiu aos Estados a faculdade de determinar os seus nacionais. O art. 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que todo homem tem direito a uma nacionalidade e que ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade. A Convenção Americana dos Direitos do Homem acrescentou à matéria novo princípio segundo o qual toda pessoa

tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território nasceu, se não tiver direito a uma outra.

As duas guerras mundiais, assim como a experiência dramática do totalitarismo, contribuíram para elevar o número das pessoas destituídas de nacionalidade. O apátrida não tem lugar no mundo, falta-lhe a ligação com o tecido social, o que o torna supérfluo. Ele não tem direitos, sendo considerado verdadeiro intruso onde quer que se encontre.

Atento a essa realidade, o Estatuto dos Apátridas de 1954 garantiu-lhes a liberdade de religião (art. 4º), o direito de acesso aos tribunais (art. 16), educação pública (art. 22), tratamento igual aos estrangeiros em geral em outras matérias como propriedade mobiliária e imobiliária (art. 13), profissões assalariadas (art. 17), profissões liberais (art. 19), alojamento (art. 21), liberdade de circulação (art. 26). O Estatuto limita o arbítrio do Estado, no que tange a expulsão (art. 31) e estimula a assimilação e naturalização dos apátridas (art. 32). A Convenção de 1961 sobre a Redução dos Apátridas impediu a privação individual e coletiva da nacionalidade por motivos raciais, religiosos e políticos.

Pode suceder que alguns indivíduos tenham mais de uma nacionalidade, fenômeno que ficou conhecido sob a denominação de polipátria. Nesse caso, é ele reputado cidadão de qualquer dos Estados de que tenha nacionalidade. Perante os demais Estados será aceita apenas uma das nacionalidades.

O Estado do qual a pessoa seja nacional não poderá exercer a proteção diplomática contra outro Estado que a inclua entre os seus cidadãos. Na prática, a solução dos problemas de polipátria tem sido feita atribuindo-se ao indivíduo a nacionalidade do Estado em que tenha o seu domicílio. Na falta de domicílio ou residência em algum dos Estados que lhe concedeu nacionalidade, prevalecerá a nacionalidade do Estado que constar dos seus documentos.

A nacionalidade pode ser adquirida de diversos modos. É comum distinguir, quanto ao tempo de sua obtenção, entre nacionalidade originária, adquirida no momento do nascimento e nacionalidade derivada ou

secundária.

A nacionalidade originária materializa-se por meio de dois critérios que incidem no momento do nascimento: o *ius soli* – aquisição da nacionalidade do país em que se nasce e o *ius sanguinis* – aquisição da nacionalidade dos pais à época do nascimento.

O *ius soli* considera o local do nascimento o principal fator para a outorga da nacionalidade. Assim, por exemplo, o nascimento na Argentina ou na Austrália é o critério definidor da atribuição da nacionalidade argentina ou australiana. O seu uso ocorreu entre os países de imigração que desejavam integrar os filhos dos imigrantes à nova nacionalidade e evitar o desenvolvimento de comunidades estrangeiras arredias à plena inserção à vida do país.

O *ius sanguinis* privilegia a nacionalidade dos pais como elemento dominante para a concessão da nacionalidade. Se os pais tiverem nacionalidades diferentes, o filho terá a nacionalidade do pai. A nacionalidade da mãe terá preferência na hipótese de filho natural ou quando desconhecido o pai.

O local do nascimento não tem qualquer relevância, pondo-se antes em evidência o significado da filiação. O *ius sanguinis* foi acolhido principalmente pelos países de emigração, que queriam preservar o vínculo entre o cidadão e o Estado de origem. Cresce, na atualidade, a tendência manifestada em favor dos sistemas que procuram combinar ambos os critérios.

A experiência internacional registra, por outro lado, vários modos de aquisição da nacionalidade derivada, assim entendida a que se adquire por fato superveniente ao nascimento. Em certas ocasiões, raras é verdade, a outorga de nacionalidade é feita diretamente pela lei, sem que haja o assentimento expresso do interessado. O art. 69, IV, da Constituição de 1891 dispunha que todos os estrangeiros que estivessem no Brasil quando a República foi proclamada seriam considerados brasileiros, salvo se no prazo de seis meses de vigência da nova Carta optassem pela conservação da nacionalidade que possuíam.

O casamento, também, se constitui em forma de aquisição da nacionalidade. Em certos países a mulher adquire a nacionalidade do marido. Mais comum é admitir, entretanto, que a declaração de vontade tanto da mulher quanto do marido seja suficiente para que se venha a assumir a nacionalidade do outro cônjuge.

A cessão ou anexação do território a Estado estrangeiro pode provocar a mudança de nacionalidade. É usual, quando isso acontece, conceder-se aos habitantes do território em causa a faculdade de escolherem manter a nacionalidade antiga ou obter a condição de nacionais do Estado ao qual a área será incorporada.

O serviço prestado a outro Estado pode, algumas vezes, facilitar a outorga da nacionalidade. A prestação de serviços relevantes ao Brasil reduz de quatro para um ano o prazo de residência exigido para a naturalização. Da mesma maneira, o estrangeiro que tiver trabalhado dez anos em repartição diplomática ou consular brasileira no exterior fica dispensado do requisito de residência no país para obter sua naturalização.

Pela importância que possui na vida contemporânea, a naturalização é, com certeza, a forma mais frequente de mudança da nacionalidade. Ela é ato discricionário do Estado, que poderá negá-la mesmo se o interessado houver cumprido todas as exigências previstas pela legislação ordinária. A autoridade administrativa não está obrigada a declinar os motivos de sua recusa, subordinando-se o seu ato fundamentalmente a razões de conveniência. A discricionariedade inexiste para os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

O naturalizado gozará de todos os direitos dos brasileiros natos, excluindo-se tão somente o acesso a certas funções públicas. A Lei nº 6.192, de 19 de dezembro de 1974, a seu tempo, aboliu a distinção entre brasileiros natos e naturalizados, configurando contravenção penal punida com prisão de 15 dias a três meses qualquer infração a tal dispositivo.

O art. 12, §2º, da Constituição de 1988, dispôs que "a lei não poderá

estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição". O art. 12, §3, indica que são privativos de brasileiros natos os cargos de cúpula dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, o cargo de oficial das Forças Armadas e os relativos à carreira diplomática, enquanto o art. 89, VIII, impõe a condição de brasileiro nato para os ocupantes do Conselho da República.

Além da necessidade de comprovar idoneidade, boa saúde e domínio do idioma, a lei brasileira exige quatro anos no mínimo de residência no Brasil para que se conceda a naturalização ao estrangeiro. Referida imposição é substancialmente atenuada para os nacionais de países de língua portuguesa, que deverão comprovar apenas a residência no território nacional há pelo menos um ano.

No Brasil, a disciplina jurídica da nacionalidade é matéria constitucional, dela ocupando-se o art. 12 da Constituição de 1988 e a Lei n° 6.815/80 alterada pela Lei n° 6.964/81. O legislador brasileiro seguiu, nesse particular, o princípio do *ius soli,* não obstante algumas concessões terem sido feitas ao *ius sanguinis*.

São brasileiros, nos termos da Constituição, todos os nascidos no Brasil, excetuando-se os filhos de pais estrangeiros que aqui estejam a serviço de seu país. Os únicos requisitos a que faz alusão a Carta Magna dizem respeito ao exercício de funções públicas no interesse de nação estrangeira. A exceção não se aplica aos filhos de pais estrangeiros que estejam a serviço de outro Estado diferente daquele que lhes dá nacionalidade.

São também brasileiros os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira que estejam a serviço do Brasil. É indiferente, nesse caso, a eventual nacionalidade estrangeira de um dos genitores. Tais serviços compreendem toda e qualquer atividade desempenhada em nome da União, dos estados e municípios, incluindo as empresas públicas e autarquias de qualquer das unidades da Federação.

São igualmente brasileiros os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir no Brasil e optem a qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira.

Em 7 de setembro de 1971 foi celebrada a Convenção sobre a Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, que entrou em vigor em 22 de abril de 1972. O Estatuto consagrou a igualdade dos direitos e deveres civis e a igualdade dos direitos políticos.

As vantagens introduzidas pela Convenção podem ser obtidas mediante solicitação ao Ministério da Justiça que deferirá o pedido a título individual. O português que aqui pretenda usufruir a igualdade no campo privado precisará provar a sua nacionalidade, a capacidade civil e a sua admissão no Brasil em caráter permanente.

Para obter os demais benefícios que o Estatuto confere, o interessado terá de provar o gozo dos direitos políticos em Portugal, o domínio do idioma comum escrito, a residência no Brasil pelo prazo mínimo de cinco anos e a ausência de antecedentes criminais. Ainda que desfrute de todos os direitos estatutários, a situação do português não se equipara à dos brasileiros naturalizados. Apesar de poder votar e ser votado, tendo livre ingresso no serviço público, observado o disposto na Constituição, o português está sujeito à expulsão e à extradição. O §1° do art. 12 da Constituição Federal declarou que "aos portugueses com residência permanente no país, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro nato, salvo os casos previstos nesta Constituição". As contradições suscitadas pela referida norma deram origem à Emenda Constitucional de Revisão n° 3, de 7 de junho de 1994, que aboliu o termo "nato" do dispositivo em questão.

O art. 12, § 4°, da Constituição Federal, prescreve que "será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I. tiver cancelada a sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II. adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária".

Para que se consume a perda da nacionalidade brasileira mediante a aquisição de outra, é necessário que o interessado, de modo inequívoco, emita declaração de vontade nesse sentido. A aceitação tácita de outra nacionalidade, bem como a sua imposição pela legislação estrangeira não

ocasiona a perda da nacionalidade brasileira. Competirá ao Judiciário apurar se, em cada caso, ocorreu atividade nociva ao interesse nacional que justifique o cancelamento da naturalização. Sempre que se demonstrar a ocorrência de fraude será declarado nulo o ato de naturalização sem prejuízo da ação penal cabível pela infração cometida.

Não se faz menção, comum nos textos constitucionais anteriores, à hipótese de perda da nacionalidade a quem, sem licença do presidente da República, tenha aceito comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro.

O tratamento jurídico do estrangeiro tem sido determinado por fatores políticos, econômicos e culturais. Durante longo período da história predominou a discriminação contra o estrangeiro.

No passado, a precariedade dos meios de transporte dificultava as comunicações entre os povos. Os movimentos migratórios eram pouco frequentes, raramente ultrapassando os limites de uma região muito extensa.

A sensação de isolamento marcava a vida dos povos antigos. Experimentava-se em relação ao estrangeiro um sentimento de estranheza e certa hostilidade. A diversidade dos costumes, da língua e da religião conferiam-lhe a posição de estranho em uma cultura que não era a sua. A diferença era encarada como sinal de inferioridade destinada a ser eliminada pela guerra ou pela conquista.

As grandes descobertas, juntamente com a intensificação do comércio, modificaram essa situação. Os contatos entre os países distantes multiplicaram-se, possibilitando maior relacionamento entre os povos com culturas diferentes.

A formação no continente americano de populações compostas por etnias distintas e o avanço progressivo das concepções de igualdade de direitos a partir do século XVIII tiveram importância central na reformulação do tratamento concedido ao estrangeiro. Generalizou-se a convicção de que a proteção dispensada ao estrangeiro não deve permanecer abaixo de padrões mínimos de civilização.

O seu estatuto jurídico deve, sob determinados aspectos, assemelhar-se ao estabelecido para os cidadãos nacionais, principalmente em matéria de segurança pessoal e acesso à propriedade. Isto não quer dizer equiparação absoluta de direitos, o que significaria eliminar a especificidade que o caracteriza, decorrente da nacionalidade e da ligação com o Estado de origem.

A Convenção de Havana de 1928 sobre os Direitos dos Estrangeiros obrigou os Estados a concederem aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território as garantias individuais e os direitos especiais que atribuem aos seus cidadãos. Disposições análogas encontram-se no art. 2° do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, nos arts. 2° e 26 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, ambos concluídos em 1966 no âmbito das Nações Unidas e no art. 1° da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

Os Estados têm o direito de estabelecer as condições de entrada e permanência dos estrangeiros em seu território. Recentemente vários países europeus e os EUA editaram leis restringindo a entrada e impondo limitações ao exercício dos direitos dos estrangeiros ali residentes. Na verdade, o crescimento da imigração para os países desenvolvidos converteu-se nos últimos anos em problema internacional, revelando a agudização das dificuldades econômicas enfrentadas pelas nações pobres. Cada vez mais, se estreita o vínculo entre o tratamento jurídico do estrangeiro no plano doméstico e o contexto internacional que influencia o comportamento dos Estados.

No Brasil, a proteção jurídica do estrangeiro é feita pela Lei n° 6.815, de 19 de agosto de 1980, com redação alterada pela Lei n° 6.964, de 9 de dezembro de 1981. O estrangeiro que pretender ingressar em território brasileiro precisa obter visto de entrada, o qual poderá assumir diversas formas: de trânsito, de turista, temporário, permanente, de cortesia, oficial ou diplomático. A exigência de visto de entrada é feita com base no critério de reciprocidade – dispensa-se o visto de turista para nacional de país que dispense o brasileiro da mesma exigência.

O visto poderá ser extensivo a todo o grupo familiar, não se admitindo a sua outorga a menor de dezoito anos, salvo se viajar acompanhado de responsável. A concessão do visto pela autoridade consular brasileira configura mera expectativa de direito, o que significa que razões de conveniência poderão desaconselhar a entrada e permanência de estrangeiro no Brasil. A denegação do visto terá lugar, entre outras causas, quando a pessoa for reputada nociva à ordem pública, tiver ocorrido a sua expulsão anterior do país ou na hipótese de ter sido condenada ou processada em outro país por crime doloso.

A proibição da entrada de estrangeiro é medida que visa preservar a segurança interna, constituindo-se manifestação do poder soberano do Estado. Referida providência não tem a natureza de pena, sendo antes expressão da discricionariedade de que goza o governo nesse campo. A autoridade pública tem a faculdade de impedir a entrada de qualquer pessoa no território nacional, estendendo tal proibição a todos quantos vivam sob sua dependência.

O Decreto n° 82.307, de 1978, estabeleceu que: "as autorizações de vistos de entrada de estrangeiros no Brasil e as isenções de dispensa de visto para todas as categorias, somente poderão ser concedidas se houver reciprocidade de tratamento para brasileiros". A propósito, como reação à decisão francesa posta em prática em 1982, impondo a obrigatoriedade de visto para os brasileiros que tencionem viajar à França na condição de turistas, o governo brasileiro introduziu o mesmo procedimento para viagens de turistas franceses ao Brasil.

O estrangeiro que pretenda aqui se radicar definitivamente deverá obter o visto de permanência ou preencher as condições necessárias para transformar o visto temporário. O visto de turista não pode ser transformado em permanente. Quem ingressou no território brasileiro com visto de turista, deve sair para requerer o visto permanente em repartição consular brasileira competente.

Dois dispositivos esclarecem acerca da extensão dos direitos dos estrangeiros no Brasil. O art. 5° da Constituição determina que "todos são

iguais sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...". Já o art. 3° do C.C. afirma que "a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis".

A interpretação de tais normas à luz dos demais artigos da Constituição indica que, regra geral, brasileiros e estrangeiros gozam dos mesmos direitos. As restrições aos direitos dos estrangeiros somente verificam-se quando autorizadas pelo texto constitucional.

É vedado autorizar ou conceder a estrangeiros, mesmo os residentes no país, a pesquisa e a lavra de recursos minerais ou o aproveitamento do potencial de energia hidráulica (art. 176, § 1º). Da mesma maneira, estrangeiros não podem ser armadores, proprietários e comandantes de embarcações nacionais (art. 178) ou proprietários de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens nem responsáveis pela sua administração ou orientação intelectual (art. 222).

A lei regulará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira (art. 190). Caberá também à lei disciplinar os investimentos de capital estrangeiro e regular a remessa de lucros para o exterior (art. 172).

Apesar da ausência de menção expressa, a Constituição assegura a todos, brasileiros ou não, o gozo dos direitos sociais, sem quaisquer restrições. Diversamente, os direitos políticos são de titularidade exclusiva dos brasileiros natos ou naturalizados. Os estrangeiros não podem votar e ser votados (art. 14, §1°), não podem também ser servidores públicos ou membros de partidos políticos e propor ação popular.

A Constituição prevê a possibilidade da concessão do direito de asilo, a pedido do estrangeiro, para evitar a perseguição no país de origem por delito de natureza política ou ideológica. Nesse caso, a admissão será feita sem que haja a necessidade do preenchimento dos tradicionais requisitos de ingresso exigidos pela legislação.

A tipificação do ato como delito de natureza política é tarefa que

compete ao Estado asilante, condição fundamental para garantir a eficácia do instituto, pois o Estado do asilado poderá tratar o ato como crime comum. O direito de asilo não se sujeita à reciprocidade; a sua concessão é matéria de direito interno, cabendo ao governo brasileiro, a seu exclusivo critério, aceitar ou recusar o pedido formulado, declinando ou não as razões do seu comportamento.

O estrangeiro poderá sair voluntária ou compulsoriamente do território nacional. Na primeira hipótese, à semelhança, do que sucede com todas as demais pessoas, é necessário visto de saída. O registro como permanente permitir-lhe-á regressar, independentemente de visto, em um período máximo de dois anos. Será obrigatória a obtenção de novo visto se o reingresso no país ocorrer após esse prazo.

A saída compulsória ocorrerá por intermédio da deportação, expulsão e extradição.

A deportação é a devolução do estrangeiro ao exterior por entrar ou permanecer irregularmente no território nacional. A irregularidade pode consistir no ingresso clandestino, bem como na violação dos dispositivos que regulam a permanência do estrangeiro no Brasil. Assim, por exemplo, são causas de deportação o exercício pelo turista de trabalho remunerado e o esgotamento do prazo para sua estada no país. O deportado não está proibido de retornar ao Brasil, desde que para isso providencie a regularização dos seus documentos.

A expulsão é o afastamento coativo do estrangeiro que tenha recebido condenação criminal ou apresente comportamento de tal modo nocivo que desaconselhe a sua permanência entre os nacionais. Justificam a expulsão os atos que atentem contra a segurança nacional e a ordem pública, capazes de tornar a sua presença indesejável. Não será expulso o estrangeiro casado há mais de cinco anos com cônjuge brasileiro ou que tenha filho que esteja sob sua guarda e dependência.

Findo o processo que terá curso junto ao Ministério da Justiça, no qual o estrangeiro gozará de ampla defesa, o presidente da República decidirá sobre a oportunidade da expulsão. Caber-lhe-á examinar as razões que

inspiraram a instauração do processo, opinando sobre a sua efetiva comprovação.

A expulsão concretiza-se por decreto presidencial e somente pela edição de outro decreto poderá ser revogada. O seu efeito é impedir o reingresso do estrangeiro no Brasil durante o seu período de vigência.

A extradição é a entrega, mediante solicitação de Estado estrangeiro, de indivíduo acusado ou já condenado pela prática de algum crime, a fim de que seja submetido a julgamento ou cumpra a pena que lhe foi aplicada. A extradição funda-se em tratado bilateral ou promessa de reciprocidade.

É comum na prática diplomática a celebração de tratados estabelecendo as condições para a sua ocorrência. O Brasil concluiu acordos com grande número de países prevendo a possibilidade de extradição. Nesse caso, presentes os pressupostos para a sua concessão, o pedido não poderá ser recusado.

Na ausência de convenção que a admita, a extradição só terá lugar quando houver promessa de reciprocidade, vale dizer, quando determinado Estado dirige a outro pedido de extradição comprometendo-se a aceitar solicitação idêntica no futuro. No Brasil compete ao Supremo Tribunal Federal verificar a sua legalidade.

A propósito, deve-se salientar que a extradição de brasileiros se encontra terminantemente proibida perante o nosso direito. Só se operará a extradição em virtude da prática de crime comum cuja punibilidade não tenha sido extinta pelo decurso do tempo.

Os delitos de natureza civil e os crimes políticos estão excluídos do âmbito da extradição. Após ter sido deferida pelo Supremo Tribunal Federal, o governo brasileiro somente entregará o extraditado se o Estado requerente assumir as seguintes obrigações:

a) que não punirá o extraditado por fatos anteriores aos que motivaram o pedido e que dele não façam parte;
b) que será descontado na pena o período de prisão no Brasil;
c) que a pena privativa de liberdade não será transformada em pena de morte;

d) que não será levada em conta a motivação política do crime para agravar a pena.

Ultimado o compromisso, o extraditado será colocado à disposição do governo estrangeiro, que deverá retirá-lo no prazo de 45 dias.

8. Regime republicano e formas de Estado

A república como forma de governo contraposta à monarquia aparece pela primeira vez na história do pensamento político na obra de Maquiavel. No início de *O Príncipe,* Maquiavel afirma: "Todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou monarquias".

A tipologia elaborada por Maquiavel contrasta com a aristotélica, que dominou o pensamento político clássico. Aristóteles distinguiu as constituições do seu tempo com base no número dos governantes, em governo de um, governo de poucos e governo de muitos. Mas, além de se valer do método quantitativo, utiliza o critério axiológico pelo qual as formas de governo são divididas em boas e más. Ao lado das três formas consideradas boas – monarquia, aristocracia e politeia –, existem três formas corruptas, respectivamente tirania, oligarquia e democracia.

Na classificação maquiaveliana são duas e não três as formas de governo. A diferença fundamental separa o principado, governo de um só, das repúblicas, governo de muitos, sejam elas aristocráticas ou democráticas. O governo de muitos pode ser exercido por um colegiado restrito ou por uma assembleia popular. Em ambos os casos, porém, é preciso organizar procedimentos que permitam tomar decisões com base na regra de maioria. Entre o principado e a república muda a natureza da vontade, que é individual no primeiro e coletiva na segunda, enquanto na república aristocrática e na república democrática altera-se o modo do seu exercício.

Quase dois séculos e meio mais tarde Montesquieu propõe nova classificação das formas de governo entre monarquia, república e despotismo. O seu objetivo é não apenas combinar as tipologias anteriores, fundadas no número dos governantes e no valor intrínseco das formas de governar, como também buscar os princípios que induzem os indivíduos a obedecer. Cada forma de governo tem, assim, um princípio que as caracteriza: a honra é típica da monarquia, a virtude, da república, e o medo, do despotismo.

O Estado moderno nasceu e consolidou-se sob governos monárquicos. Do século XV ao século XVIII os escritores políticos exaltaram a superioridade da monarquia em relação às demais formas de governo. A emergência das grandes monarquias europeias representava, nessa perspectiva, momento de evolução, símbolo inequívoco do progresso histórico.

Em nítida antecipação do que viria suceder no futuro, os EUA adotaram a forma de governo republicana no final do século XVIII. No movimento que culminou com a independência das treze colônias inglesas na América do Norte, os ideais republicanos confundiram-se com o repúdio à monarquia, encarada como a origem de todos os males da nação americana. Essa repulsa chegou a ser tão intensa que em carta a Benjamin Watkins, de quatro de agosto de 1787, Thomas Jefferson declarou que "Se todos os males que surgirem entre nós, oriundos da forma republicana de governo, de hoje até o dia do Juízo Final, pudessem ser postos numa balança, contra o que este país sofreu com sua forma de governo monárquico numa semana, ou a Inglaterra num mês, esses últimos preponderariam...".

A revolução americana associou a república à defesa da liberdade e da democracia, de tal sorte que ela deveria basear-se em três ideias principais:

a) a temporariedade dos mandatos;

b) a eletividade dos governantes;

c) a responsabilidade política dos que exercem funções governamentais.

Essas características iriam marcar a vida política de muitas das monarquias parlamentares do século XX, contribuindo para obscurecer a linha divisória entre as duas formas de governo.

A partir do final do século XIX a distinção entre monarquia e república perdeu relevância devido a fatores históricos e a razões de natureza conceitual. Com o fim da Primeira Guerra Mundial acentuou-se o desaparecimento das monarquias, substituídas por governos republicanos. Esse processo ampliou-se ainda mais após a Segunda Guerra Mundial com a emancipação das colônias europeias na Ásia e na África, as quais pretenderam eliminar os vestígios remanescentes dos governos monárquicos.

No plano conceitual o termo monarquia designa realidade diversa da que, no passado, serviu como motivo para a formulação da tipologia maquiaveliana das formas de governo. Nas monarquias que conseguiram subsistir, os parlamentos desempenham função cada vez mais significativa, fato que por si só indica a sensível redução do papel do monarca.

A distinção entre monarquia, governo de um, e república, governo de muitos, exercido por um colegiado ou por uma assembleia popular, não mais descreve o que se verifica nas monarquias que ainda hoje permanecem. As atuais monarquias parlamentares combinam traços das monarquias e das repúblicas, celebrando o triunfo do governo misto.

Parlamentarismo e presidencialismo constituem formas diversas de disciplinar as relações entre Legislativo e Executivo, entre a função de governar e a função de fazer as leis. Ora acentuando a preponderância do Executivo, ora salientando a supremacia do Parlamento, cada qual representando tentativa distinta de organizar o poder e conferir estabilidade à ação governamental. O parlamentarismo com suas características atuais é fruto de longa tradição histórica, já o presidencialismo foi obra dos constituintes americanos à época da independência.

Leitores atentos de Montesquieu, os constituintes de Filadélfia mantinham bem vivas na memória as recordações do domínio britânico. Os abusos cometidos pela monarquia inglesa provocaram descontentamento geral, originando a insatisfação dos colonos americanos. A primeira exigência que se apresentava aos artífices da independência era organizar o poder de modo a proteger a liberdade.

A separação de poderes foi o meio encontrado para realizar esse objetivo. A atribuição das funções estatais a órgãos diferentes instituiria um sistema de freios e contrapesos impedindo o arbítrio.

É preciso não esquecer, contudo, que o propósito de Montesquieu não consistia em abolir a monarquia, pretendendo antes estabelecer mecanismos de controle do poder. É esta talvez a razão que explica ter sido o presidencialismo inspirado nos princípios da monarquia limitada. Procurou-se, na verdade, adaptar às circunstâncias da vida republicana o ideal de controlar o poder por intermédio da repartição das funções estatais. Ao Judiciário caberia julgar os litígios, o Legislativo teria a incumbência de elaborar as leis, competindo ao Executivo cuidar da administração.

No presidencialismo a posição de comando do Poder Executivo é ocupada pelo presidente da República. A Presidência é sob esse aspecto órgão de natureza unipessoal.

O presidente da República exerce simultaneamente as funções de chefe de Estado e de chefe de governo. Na condição de chefe de governo imprime a linha de ação a ser seguida pelos órgãos subalternos, participando diretamente da administração estatal. Desempenha papel político de enorme importância traduzido tanto na necessidade de desenvolver esforços para estreitar a aproximação com o Legislativo, quanto na busca de consenso social para a execução do programa de governo.

Como chefe de Estado o presidente simboliza a unidade nacional, vínculo moral que expressa a continuidade das instituições.

Desde muito cedo a complexidade das tarefas administrativas exigiu que o presidente da República contasse com a colaboração de um grupo de auxiliares sem o qual a função de governar ficaria seriamente comprometida. Esse grupo de colaboradores é integrado pelos ministros de Estado e pelos diretores de órgãos estatais, de livre nomeação do chefe do Executivo. São demissíveis a qualquer momento, sem que para isso seja obrigatório explicitar a razão que justificou o ato.

Decorrência lógica do princípio da separação de poderes, no sistema presidencialista Legislativo e Executivo são independentes. O presidente da

República não pode ser destituído pelo Congresso, salvo se incorrer em crime de responsabilidade, assim como o Legislativo não pode ser dissolvido pelo Executivo mediante a convocação de novas eleições.

Tais fatos, apesar do profundo significado que tiveram, não eram, entretanto, suficientes. Fazia-se necessário ir mais longe, eliminando-se os princípios da hereditariedade e vitaliciedade dos governantes, marcas indeléveis das monarquias de todas as épocas.

O presidente da República passou a ser escolhido em eleições periódicas que admitem a participação de todos os cidadãos, impondo-se apenas restrições relativas à idade e à nacionalidade dos candidatos. Em regra a eleição é direta, exceção feita aos EUA que optaram pela via indireta para escolher o presidente da República, atribuindo essa missão a um colégio eleitoral. Todos os votos de um Estado são conferidos ao candidato que nele houver vencido o pleito eleitoral. Cada Estado dispõe de tantos votos quantos forem os seus deputados e senadores. É considerado eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos dos Estados, ainda que no cômputo nacional tenha recebido votação inferior à do seu oponente. Nos demais países que adotaram o presidencialismo, a prática tem sido a eleição direta do presidente da República.

O risco de permanência por tempo indefinido à frente do governo sugeriu a necessidade de se limitar o mandato presidencial, em cujo término a população é novamente chamada para escolher o novo chefe do Poder Executivo. Nos sistemas presidencialistas o mandato do presidente da República tem prazo fixo, em geral de quatro ou cinco anos.

A proibição de reeleições sucessivas foi outra característica que se incorporou à estrutura e ao espírito do presidencialismo. Em princípio, a Constituição americana não continha qualquer restrição nessa matéria. Franklin Roosevelt chegou inclusive a ser reeleito por duas vezes consecutivas no período da Segunda Guerra Mundial. Em 1951, uma emenda à Constituição aceitou a reeleição somente para um segundo mandato.

Ao presidente da República é reconhecida também a possibilidade de

participar do processo legislativo apresentando projetos de lei sobre assuntos que julgar relevante. Compete-lhe, igualmente, exercer o poder de veto em relação aos projetos de lei que são submetidos à sanção presidencial.

Na maior parte dos casos, a aprovação de um projeto de lei pelo Congresso necessita da concordância presidencial para converte-se em lei e ingressar no ordenamento jurídico. A manifestação de aquiescência do presidente denomina-se sanção.

Se considerar o projeto inconstitucional contrário ao interesse público, pode vetá-lo, obrigando o Legislativo a apreciar o veto. Duas situações são então possíveis: ou o veto será acolhido, rejeitando-se o projeto, ou o repúdio ao veto por parte do Congresso importará na sua aprovação.

O parlamentarismo, por outro lado, surgiu na Inglaterra, refletindo as características da vida política inglesa no decorrer do século XVIII. A evolução histórica que propiciou o seu aparecimento começou vários séculos antes, quando em 1265 Simon Montfort, nobre francês, organizou uma assembleia de natureza política, a qual assumiu o caráter de conspiração contra o rei Henrique III.

Com a morte de Simon Montfort continuou a prática de se reunirem indivíduos de condição social idêntica, até que, em 1295, o rei Eduardo I houve por bem reconhecer tais reuniões, oficializando a criação do Parlamento. Em 1332, ocorreu a divisão do Parlamento em duas casas: uma integrada apenas por barões e outra composta por cavaleiros que não eram pares do reino, cidadãos e burgueses.

Mais de três séculos e meio decorreram até que, com a revolução de 1688, foi limitado o poder do monarca. A administração, a defesa e a política externa eram de responsabilidade do rei, ao passo que a função de legislar, especialmente em matéria fiscal, competia ao Parlamento.

A decisão de excluir o ramo católico dos Stuart da linha de sucessão ao trono teve imensa repercussão nos episódios que definiram a supremacia do Parlamento quase cem anos mais tarde. A morte da rainha Ana proporcionou a ascensão ao trono do rei Jorge I, príncipe alemão da Casa de

Hanover, que jamais manifestou interesse pelos assuntos britânicos.

Nessa época, Robert Walpole, membro do gabinete real, destacou-se em relação aos seus pares pela influência que exercia sobre o rei e pela defesa deste no Parlamento. O empenho com que procedia valeu-lhe a denominação de primeiro-ministro, expressão que permanece até hoje.

Com a figura do primeiro-ministro iniciou-se a distinção, cara ao parlamentarismo, entre chefe de Estado e chefe de governo. O monarca continuava a ser o chefe de Estado e ao primeiro-ministro, atribuía-se a chefia do governo. Não obstante, a escolha do primeiro- ministro era feita pelo rei, sem interferência do Parlamento, fato que em não poucos momentos ocasionou sérios atritos entre ambos.

Consciente das limitações que possuía na orientação da política governamental, o Parlamento decidiu ampliar o seu âmbito de atuação forçando o ministério a se demitir quando discordasse da política adotada. Para tanto foi em princípio utilizado o *impeachment*, instituto de natureza penal cujo objetivo consistia em apurar a prática de delito por parte de algum ministro.

A perda da posição no ministério, condenação a ser aplicada na hipótese de haver sido constatada a culpa do acusado, não podia ser modificada pelo rei ou pelos tribunais. O Parlamento dispunha, assim, da faculdade, insuscetível de revisão, de incriminar ministros, o que na realidade servia como poderoso instrumento de pressão sobre todo o gabinete. Com o passar do tempo, logo que se instalava a discordância com o Parlamento e antes que se instaurasse o procedimento do *impeachment*, todo o ministério via-se obrigado a renunciar em virtude da solidariedade que se desenvolveu sobretudo no tocante às decisões conjuntas do gabinete. Teve origem, dessa forma, o instituto da responsabilidade política pelo qual o ministério é obrigado a demitir-se sempre que não mais desfrute da confiança do Parlamento. Essa situação verifica-se todas às vezes que a ação do governo não obedecer às diretrizes estabelecidas pela maioria parlamentar.

O passo seguinte foi fixar o entendimento de que o primeiro-ministro deve ser escolhido entre os membros da maioria. Tarefa relativamente

simples nos sistemas bipartidários como o britânico, a indicação do primeiro-ministro pode revelar-se complexa nos sistemas pluripartidários na hipótese em que nenhum partido detenha maioria absoluta. Nesses casos são organizadas coligações para a formação da maioria, o que possibilita que o primeiro-ministro seja escolhido entre os membros de um partido que não haja vencido as eleições, mas que pertença à coligação majoritária.

A partir do final do século XIX o parlamentarismo difundiu-se rapidamente, passando a ser adotado por grande número de Estados. Formaram-se muitas variantes do sistema inglês sem que isso importasse o desvirtuamento do seu princípio inspirador, segundo o qual a política de governo é competência do Parlamento. Seja qual for a modalidade preferida, permanecem nítidas as características do parlamentarismo que se delinearam desde o século XVIII.

O primeiro-ministro é o chefe de governo, participando diretamente da atividade política e administrativa. O rei nas monarquias parlamentares e o presidente da República nos Estados que adotaram a forma republicana de governo exercem a função de chefe de Estado, ocupando papel secundário no plano político. Desempenha a função de representação do Estado. Nas repúblicas parlamentares é eleito por período mais dilatado, que normalmente se prolonga por seis ou sete anos.

Expressão da continuidade das instituições, a atuação do chefe de Estado é decisiva nas situações de crise governamental em que se fizer necessário indicar um novo primeiro-ministro. A escolha, não raro árdua, deve recair em alguém que mesmo integrando um partido minoritário se mostre capaz de formar novo governo. A escolha não dispensa a aprovação parlamentar, requisito imprescindível para a sua concretização.

O primeiro-ministro não tem mandato fixo, permanecendo no governo enquanto perdurar a maioria que o apoia. A derrota eleitoral, assim como as divergências no interior da maioria governante, poderão determinar a queda do governo. De forma análoga, a aprovação pelo Parlamento de um voto de desconfiança acarreta para o primeiro-ministro o dever de renunciar.

É o que sucede quando algum parlamentar, descontente com a política

posta em prática pelo governo, solicita ao Parlamento que formalmente a desaprove. Assim procedendo, o Parlamento demonstra ao chefe de governo que a sua ação está em desconformidade com a vontade popular, situação que o impele a demitir-se. Se, entretanto o primeiro-ministro considerar que a manifestação do Parlamento não expressa a vontade dos eleitores, pode aguardar até que o resultado das próximas votações confirme ou não a repulsa à política governamental.

É comum nos sistemas pluripartidários que o primeiro-ministro peça ao chefe de Estado a dissolução do Parlamento e a convocação de novas eleições, por imaginar que os parlamentares deixaram de atender à vontade popular. Saindo-se vitorioso, o primeiro-ministro continuará à frente do governo; em caso de derrota, um representante da maioria vencedora do pleito deverá ser escolhido para substituí-lo. Na Inglaterra, o primeiro-ministro que conte com maioria estreita no Parlamento poderá decretar a sua dissolução, convocando novas eleições, na esperança de aumentar a base de apoio de que dispõe.

Colocada a questão no plano abstrato, presidencialismo e parlamentarismo apontam para a maneira como os sistemas políticos devem funcionar e não para o modo como efetivamente funcionam. Como se não bastasse, em termos típico-ideais, para cada vantagem do presidencialismo opõe-se benefício correspondente do parlamentarismo. A contabilidade das vantagens e desvantagens de ambos os sistemas é dificultada porque o que os parlamentaristas veem como vantagem, os presidencialistas consideram desvantagem.

Assim, por exemplo, a limitação do mandato presidencial é criticada pelos parlamentaristas, pois um chefe de governo incompetente não poderia ser destituído, enquanto se fosse competente não poderia ter o seu mandato prorrogado, e elogiada pelos presidencialistas, já que daria maior estabilidade e eficiência à administração pública. Igualmente a interdependência entre Executivo e Legislativo, vista como fator capaz de garantir maior equilíbrio entre os poderes pelos defensores do parlamentarismo, é contestada pelos seus oponentes presidencialistas, que

afirmam ser o Congresso norte-americano mais poderoso quando comparado com o Legislativo de muitos países europeus que optaram pelo sistema parlamentar. Por isso, a referência à experiência concreta é indispensável para a avaliação dos problemas e virtualidades de cada sistema.

Apesar do relacionamento que possuem, os temas das formas de governo e dos tipos de Estado não se confundem. A discussão em torno das formas de governo diz respeito à estrutura do poder, focalizando a relação entre os órgãos encarregados de exercer o poder estatal.

Por sua vez, a classificação dos tipos ou das formas de Estado destaca a relação entre o sistema de poder e a sociedade que lhe é subjacente. No âmbito desta última classificação merece referência particular à distinção entre Estado federal e Estado unitário.

Todo Estado comporta algum tipo de descentralização. A atribuição de competência aos órgãos inferiores para a criação de normas individuais origina a descentralização administrativa; a produção de normas gerais por parte de órgãos periféricos caracteriza a descentralização legislativa, e a participação no processo de elaboração das leis de representantes eleitos pelo povo marca a descentralização política.

O Estado unitário não é incompatível com a descentralização administrativa, legislativa e política. Mas a qualquer momento o governo central pode restringi-la ou ampliá-la, conforme lhe seja conveniente.

No Estado federal, ao contrário, o regime federativo, que se expressa pela repartição de competências entre as partes que o compõem, não está sujeito à modificação. No Brasil o art. 64, §4°, I, da Constituição proíbe as emendas constitucionais que se destinem a abolir a federação.

Do mesmo modo são distintos o Estado federal e a confederação de Estados. No primeiro, os Estados soberanos unem-se para a formação de um novo Estado, abdicando de sua soberania. No instante em que se verifica o ingresso na federação, os Estados perdem a soberania que possuíam, conservando apenas a autonomia, que consiste na faculdade de dispor sobre as matérias que lhes são reservadas. Cabe à Constituição, base jurídica

do Estado federal, discriminar a esfera de competência das unidades federadas.

Ela estabelece os assuntos que tocam a cada componente da federação, via de regra, somente o Estado soberano dispõe de competência no plano internacional. Excepcionalmente, contudo, os estados-membros possuem tal competência, como ocorre na Suíça, em que os cantões podem concluir com os Estados estrangeiros acordos relativos à política, ao comércio local e às finanças.

No Brasil, o art. 52, V, da Constituição afirma que os estados, territórios, o Distrito Federal e os municípios poderão realizar operações externas de natureza financeira mediante autorização do Senado Federal.

A confederação, por outro lado, é o agrupamento de Estados a fim de assegurar a defesa comum dos que nela participam. Os Estados que a integram preservam a sua soberania. O tratado que lhe dá nascimento cria as instituições confederadas, regulando o funcionamento dos seus órgãos e o procedimento para que as decisões sejam tomadas.

O Estado que não mais deseje pertencer à confederação tem a prerrogativa de denunciar o tratado, libertando-se dos vínculos que assumiu.

A despeito do declínio que experimenta, dois exemplos de confederação merecem ser lembrados nos últimos tempos: a Federação dos Sultanatos Árabes do Golfo Pérsico, criada em 1968 e reestruturada em 1971, e a Senegambia, resultante de tratado celebrado entre Senegal e Gâmbia em 1981, que entrou em vigor no ano seguinte.

O Estado federal é, do ponto de vista histórico, produto da modernidade. Se a confederação já era conhecida dos antigos, o Estado federal surge apenas no século XVIII com a independência americana. O ideal federativo chegou a ter tamanha capacidade de persuasão, que, no Projeto de Paz Perpétua, Kant considerou que a federação universal seria a única maneira de regular as relações entre os Estados e impedir os homens, isolados ou em grupo, de recorrer à violência para a resolução dos conflitos.

Proclamada a independência em 1776, as Treze Colônias Inglesas da

América do Norte converteram-se em Estados livres e independentes. Cinco anos depois, em primeiro de março de 1781, foi concluído um tratado denominado *Artigos de Confederação,* cujo objetivo era defender a independência dos Estados confederados. O art. 2° do Tratado declarava que "Cada Estado conservará sua soberania, liberdade e independência, e cada poder, jurisdição e direitos, que não sejam delegados expressamente por esta confederação para os Unidos, reunidos em Congresso".

Na realidade, os fins pretendidos pelos idealizadores da confederação nem sempre foram alcançados. A concordância que unia os Estados sobre a necessidade de conservação da soberania contrastava com a eclosão de disputas intestinas, reduzindo a eficácia prática da confederação.

Com a finalidade de rever o tratado e eliminar as deficiências que haviam surgido, decidiu-se convocar a Convenção de Filadélfia, que se reuniu em maio de 1787. Os trabalhos convencionais foram marcados por posições antagônicas. A intenção de apenas proceder à revisão do tratado, sustentada por alguns, encontrou forte resistência dos que queriam substituir o tratado por uma constituição, que disciplinaria as relações dos que a ela aderissem. Na verdade, o propósito que animava parcela considerável dos convencionais resumia-se no desejo de abandonar a confederação, criando um novo tipo de Estado: o Estado federal.

Vencedora a tese federalista, ela foi incorporada na Constituição americana de 1787, que não só instituiu um sistema de divisão de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário, como também repartiu as competências entre o governo central e os Estados, procurando compatibilizar a existência da União com a reivindicação autonomista das partes.

No Estado federal convivem múltiplos centros de poder. A sua organização singulariza-se por conferir poder tanto ao governo central quanto aos estados-membros.

Pertence ao governo central a tarefa de manter a unidade política e econômica, incumbindo aos estados disciplinar as matérias que, pela sua especificidade, são mais bem reguladas no âmbito regional. Enquanto o

sistema de divisão dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário tem natureza funcional, preocupando-se com o funcionamento dos órgãos estatais, a repartição de competência introduzida pelo federalismo é de base territorial, indicando o que é próprio da União e o que é específico dos estados.

O equilíbrio entre as partes pressupõe a supremacia da Constituição. Com isso, a decisão acerca dos eventuais conflitos envolvendo as duas ordens de poder não é atribuída nem ao governo central (como acontece com o Estado unitário em que as coletividades territoriais menores gozam de autonomia limitada) nem aos Estados confederados (como acontece no sistema confederativo, que não limita a soberania absoluta dos Estados). Semelhante missão é exercida pelo Judiciário, que deve pronunciar-se em última instância sobre o sentido das disposições constitucionais.

A distribuição de competências no Estado federal não segue sempre o mesmo critério. Nos EUA, em virtude das circunstâncias que presidiram o aparecimento do federalismo, a constituição estabeleceu as competências da União, reservando aos estados tudo o que não foi a ela outorgado. Em outros casos inverte-se o procedimento: é prevista a competência dos estados outorgando-se à União os poderes residuais. Há, ainda, exemplos em que se optou pela expressa enumeração das competências da União e dos estados.

A Constituição brasileira de 1988 previu competências privativas e concorrentes. Os arts. 21 e 22 arrolam matérias que são de competência privativa da União, permitindo, porém que os estados legislem sobre os assuntos constantes do art. 22 desde que para tanto a lei complementar expressamente o autorize.

O art. 23 estabelece competências comuns à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios a respeito de situações cuja disciplina jurídica exige a colaboração dos entes federativos. Será concorrente a competência sobre os temas inscritos no art. 24 limitando-se a União, nesse caso, à tarefa de editar normas gerais. Tal fato não exclui a competência suplementar dos estados (art. 24, §2º).Inexistindo lei federal sobre normas

gerais, os estados exercerão a competência legislativa plena para atender às suas peculiaridades (§3°).

O princípio que governa a divisão de competência no Estado federal é a ausência de hierarquia. A União não pode, sob qualquer pretexto, invadir a esfera de competência dos estados, que são autônomos no regime federativo. A autonomia dos estados significa a faculdade de legislar sobre determinados assuntos, excluindo-se a interferência das demais unidades federadas.

E necessário observar, porém, que as constituições mais recentes, ao lado das competências privativas dos seus integrantes, instituem competências concorrentes, isto é, confere-se à União e aos estados competência para regular as mesmas matérias. Somente nessa hipótese é possível falar em hierarquia, prevalecendo a lei federal sobre a lei votada pela Assembleia Legislativa do Estado.

A autonomia estadual necessita, para tornar-se efetiva, de recursos para cumprir os encargos recebidos. Por esse motivo a Constituição garante aos estados o poder de tributar certas atividades, o que lhes possibilita a obtenção de renda própria, independentemente dos favores da União. A reserva aos estados da competência para tributar ocasiona, muitas vezes, a perpetuação das desigualdades regionais, pois a incidência do mesmo tributo em áreas que apresentam graus díspares de desenvolvimento pode acarretar um volume de arrecadação sensivelmente maior nas regiões ricas que nas regiões pobres.

Para evitar distorções desse tipo introduziu-se nova repartição das rendas tributárias, pela qual parcela do tributo arrecadado é distribuída a outro poder diverso do que tinha a competência para dispor sobre a matéria. É o que se faz por via direta ou pela organização de um sistema de fundos.

Decorrência natural do regime federativo, a autonomia dos estados ganha contornos concretos no exercício do poder de auto-organização. Este poder se materializa no momento em que os estados elaboram a suas constituições, as quais se submetem, pelo menos em parte, às diretrizes fixadas pela Constituição Federal. O art. 34, VII, da carta constitucional

vigente preceitua que o constituinte estadual deverá obrigatoriamente pautar-se pelos seguintes princípios: forma republicana, sistema representativo e regime democrático, direitos da pessoa humana, autonomia municipal, prestação de contas da administração pública direta e indireta.

Os estados federais caracterizam-se ainda por apresentar Poder Legislativo com estrutura bicameral. O Senado, composto por igual número de representantes de cada ente federativo, representa os estados ao passo que a Câmara dos Deputados é órgão de representação popular.

9. A divisão de poderes

A Constituição de 1988 previu e regulou o funcionamento dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Fiel à tradição constitucional brasileira, o constituinte houve por bem manter o bicameralismo, presente entre nós desde a Constituição de 1824. A Câmara dos Deputados é órgão de representação popular, composta de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em cada estado, em cada território e no Distrito Federal. O número total de deputados, bem como a representação por estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma das unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de 70 deputados.

Esse critério provoca sérias distorções do sistema representativo, com graves repercussões no funcionamento da democracia. Os estados mais populosos encontram-se sub-representados, ampliando-se inversamente a representação das regiões com menor contingente populacional.

Diferentemente, o Senado é composto por representantes dos estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário. Cada estado e o Distrito Federal elegerão três senadores, com mandato de oito anos. A representação dos estados e do Distrito Federal é renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços.

Cai por terra presentemente a premissa de que o Senado, nos países de estrutura federal como o nosso, destina-se a representar os estados. Mais que representantes dos estados, os senadores são homens de partido, condição que acaba assumindo maior peso nas votações de que participam.

O funcionamento do Congresso Nacional verifica-se ordinariamente de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1o de agosto a 15 de dezembro. No primeiro ano da legislatura cada uma das casas reunir-se-á em sessões preparatórias para a posse dos seus membros e eleição das respectivas mesas.

As sessões legislativas ordinárias compreendem o período anual de funcionamento do Legislativo. Cada legislatura tem a duração de quatro anos, iniciando-se com a posse dos membros da Câmara dos Deputados e encerrando-se no seu término. Denomina-se recesso o período entre 16 de dezembro e 14 de fevereiro (31 de janeiro no primeiro ano da legislatura) e entre 1o e 30 de julho. Não se interromperá a sessão legislativa sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias. A fim de apreciar matérias de indiscutível relevância, o Congresso pode ser convocado extraordinariamente por ocasião do recesso. A deliberação que vier a ser tomada em momento algum excederá os assuntos que originaram a convocação.

A autonomia do Legislativo ganhou novo alento com a promulgação da Constituição vigente. Foi revitalizado o poder de auto-organização do Congresso, que se manifestou sobretudo no alargamento da esfera de competência para elaborar o regimento.

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal possuem regimentos específicos aos quais se acrescenta o regimento do Congresso Nacional. Dispõem sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus servidores e fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. As sessões da Câmara e do Senado são dirigidas pelas respectivas mesas, e as sessões conjuntas do Congresso Nacional pela mesa do Congresso, cuja presidência é confiada ao

presidente do Senado.

Espraiam-se por inúmeras áreas as atribuições do Congresso Nacional. A principal delas consiste na produção das leis sobre as matérias de competência da União. O estudo do processo formativo a que se sujeitam será feito no próximo capítulo.

É sua função também deliberar acerca das matérias que lhe são reservadas de modo exclusivo, a exemplo do que faz o art. 49 da Constituição. Para disciplinar tais assuntos são utilizados os decretos legislativos e as resoluções, aprovados conforme as disposições do regimento interno.

Decisiva, no entanto, é a função de fiscalização e controle exercida por muitos meios, entre os quais se incluem pedidos de informações, formulado por escrito e endereçado pelas mesas aos ministros de Estado, a constituição de comissões parlamentares de inquérito, a fiscalização do Executivo e dos órgãos da administração indireta, assim como a tomada de contas do presidente da República, quando não apresentadas dentro de 60 dias após a abertura da sessão legislativa. O controle externo é, em larga medida, facilitado pela atuação do Tribunal de Contas na averiguação de eventuais irregularidades do Executivo. O Congresso assume ainda o papel de tribunal político no julgamento dos crimes de responsabilidade cometidos pelo presidente da República, pelos ministros de Estado, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, pelo procurador-geral da República e pelo advogado-geral da União.

Comissões permanentes e especiais instituídas no interior do Legislativo auxiliam a atividade parlamentar, seja opinando sobre projetos apresentados, seja discutindo e votando projetos de lei que dispensam, na forma do regimento, a competência do plenário. Na constituição das mesas e de cada comissão é assegurada tanto quanto possível a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

Algumas comissões são permanentes, como sucede com as comissões de justiça e finanças; outras perduram apenas durante o tempo necessário

para cumprir a finalidade que motivou a sua criação. Comissões mistas integradas por deputados e senadores são formadas para análise de temas objeto das sessões conjuntas do Congresso.

No Brasil o vértice do Poder Executivo é ocupado pelo presidente da República, que é ao mesmo tempo chefe de Estado e chefe de governo. Os ministros de Estado são seus auxiliares diretos, livremente escolhidos e demissíveis quando o presidente assim o decidir.

A condição de brasileiro nato e a idade mínima de trinta e cinco anos são requisitos de cumprimento obrigatório para o postulante à Presidência. O mandato presidencial é de quatro anos, admitida a reeleição por igual período. O início ocorrerá em 1o de janeiro do ano seguinte ao da eleição.

A eleição do presidente e do vice-presidente realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. Será considerado eleito presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta dos votos, não computados os em branco e os nulos. Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á a nova eleição 20 dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados, considerando-se eleito àquele que obtiver a maioria dos votos válidos. Importa frisar que o segundo turno não é imposição constitucional, realizando-se tão somente quando nenhum dos candidatos obtiver maioria absoluta na primeira votação.

O vice-presidente da República, além das atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar, auxiliará o presidente sempre que por ele convocado para missões especiais. Compete-lhe, igualmente, substituir o presidente no caso de impedimento e suceder-lhe no de vaga. Nas situações em que se verificar impedimento do residente e do vice-presidente, ou vacância dos referidos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da presidência o presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal.

Nas ocasiões em que vagarem os cargos de presidente e vice-presidente,

far-se-á nova eleição 90 dias depois de aberta a última vaga. A Constituição ressalva que ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial a eleição será feita 30 dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional na forma da lei. Em qualquer dos casos, os eleitos deverão completar o período dos seus antecessores.

O presidente da República é responsável pela prática de crimes comuns previstos na legislação ordinária e por delitos de natureza política chamados crimes de responsabilidade. Enquadram-se nessa categoria os atos do presidente da República que atentem contra a Constituição e especialmente contra a existência da União; o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos poderes constitucionais das unidades da Federação; o exercício dos direitos individuais e sociais; a segurança interna do país; a probidade na administração; a lei orçamentária; o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Incumbirá ao Supremo Tribunal Federal julgar o presidente da República pela prática de crimes comuns, competindo ao Senado o julgamento dos crimes de responsabilidade após haver sido admitida a acusação por dois terços da Câmara dos Deputados.

As atribuições presidenciais inscritas no art. 84 dividem-se entre as que são típicas do chefe de Estado, símbolo da unidade nacional, as que são próprias do chefe de governo, ilustradas pelas atividades de direção política, e as que são inerentes à posição de comando da administração pública.

O Poder Judiciário, por outro lado, consagra-se à resolução dos conflitos com base nas normas jurídicas positivas. A função jurisdicional é exercida pelos seguintes órgãos:

I - Supremo Tribunal Federal;

II - Superior Tribunal de Justiça;

III - tribunais regionais federais e juízes federais;

IV - tribunais e juízes do trabalho;

V - tribunais e juízes eleitorais;

VI - tribunais e juízes militares;

VII - tribunais e juízes dos estados, do Distrito Federal e dos territórios.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário voltado à guarda da Constituição. Há uma justiça federal comum, que aplica o direito federal a casos não reservados a outro órgão e uma justiça federal especial, que se ocupa de todos os casos de determinada matéria. São três os ramos da justiça federal especial: justiça do trabalho, justiça militar e justiça eleitoral. O Poder Judiciário dos estados aplica tanto o direito federal quanto o estadual.

A Constituição brasileira afirma que os poderes são independentes e harmônicos. Procurou-se, com isso,abandonar o princípio da completa independência entre os poderes em favor de um sistema de controle recíproco.

O Legislativo não atua de forma isolada no processo de elaboração das leis. O presidente da República goza do poder de veto relativamente aos projetos que lhe são enviados.

O veto, todavia, poderá ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso. Os projetos de lei apresentados pelo Executivo correm o risco de ser emendados ou até mesmo recusados. Os tribunais, que não podem invadir a área de competência do Legislativo, são encarregados de efetuar o controle de constitucionalidade das leis. O presidente da República, não obstante sujeitar-se às decisões judiciais, indica com a aprovação do Senado os ministros dos tribunais superiores. Conclui-se desse fato que a preocupação que orientou o legislador brasileiro foi a de prever controles recíprocos que impeçam o aniquilamento de qualquer dos poderes pelos demais.

Na teoria do Estado de direito o princípio de supremacia da Constituição domina as ordens jurídicas positivas. Esta supremacia é traduzida, na prática, pelo fato de que as normas de grau inferior não devem contrariar o que for estabelecido pela lei fundamental. A recusa de juridicidade às normas que violam esse postulado caracteriza os sistemas jurídicos contemporâneos.

Não bastava, por certo, apregoar a superioridade da Constituição sem criar mecanismos capazes de assegurá-la. O controle de constitucionalidade das leis foi o meio encontrado para realizar esse objetivo.

O propósito que o orienta reside em averiguar a compatibilidade das normas inferiores com o texto da Constituição. Verificada a discordância entre ambos, a consequência será a decretação da inconstitucionalidade do ato, com a cessação de todos os efeitos que eventualmente tenha produzido.

Próprio dos países que instituem procedimentos mais rígidos para alterar as regras constitucionais que os utilizados para modificar os preceitos da legislação comum, o controle de constitucionalidade das leis nasceu nos EUA, no século passado, na decisão proferida pelo juiz Marshall no caso "Marbury *versus* Madison". A falta de previsão expressa na Constituição americana não impediu que Marshall, nesse julgamento, definisse as suas linhas básicas.

Na oportunidade, observou ele que qualquer lei oposta à Constituição é nula de pleno direito. A competência para proceder ao referido controle pertenceria aos juízes, mesmo os de instância inferior. Na verdade, a razão que motivou a decisão resumia-se na fidelidade que a lei deve guardar diante da Constituição, considerada por Marshall a base, por excelência, do ordenamento jurídico.

Desde então, o controle de constitucionalidade generalizou-se rapidamente, o que não impediu que fosse adaptado às características de cada ordem jurídica particular. Segundo o modo como é exercido costuma-se classificá-lo em controle político e controle jurisdicional. Considera-se político o controle realizado por órgão diverso do Legislativo, como é o Conselho Constitucional previsto na Constituição francesa de 1958.

O controle jurisdicional, por outro lado, incumbe ao Poder Judiciário, constituindo-se em aspecto da função de julgar os conflitos aplicando-se a legislação existente.

Alguns países procuram combinar as duas formas de controle. Na Suíça, o controle político é empregado pela Assembleia Nacional, reservando-se o controle jurisdicional às leis editadas pelas administrações locais.

No plano jurisdicional a doutrina assinala as diferenças que separam o controle difuso do controle concentrado. Aquele é efetuado por todos os

juízes, sempre que se defrontem com ato normativo que viole dispositivo constitucional. É obvio que nessa hipótese os membros do Judiciário poderão divergir na interpretação da mesma lei, até que a Corte Suprema decida a questão definitivamente.

Outros países optaram por confiar a um único órgão o papel de guardião da ordem constitucional. Essa missão ora recai sobre o órgão de cúpula do Poder Judiciário, ora é outorgada a um tribunal criado especialmente para esse fim.

Seja qual for a sua modalidade, o controle jurisdicional aprecia os aspectos formais e materiais das normas jurídicas. Do ponto de vista formal se investiga se a autoridade tinha poderes para produzir a norma e se ela obedeceu ao procedimento imposto para que fosse criada. São requisitos objetivos e subjetivos, cuja ausência origina a perda de validade da norma. Mas o exame da constitucionalidade não se circunscreve ao plano formal, atingindo a substância da regra de direito. É inconstitucional, nesse sentido, a norma que tente eliminar ou restringir os direitos individuais inscritos na Constituição. Percebe-se, dessa maneira, que a matéria dos princípios e regras constitucionais limita os conteúdos normativos que com eles precisam necessariamente harmonizar-se.

Há vários modos de se exercer o controle de constitucionalidade. No curso de um processo judicial assiste ao réu o direito de alegar, a título de defesa, que o cumprimento da obrigação pretendido pelo autor é injustificado devido à inconstitucionalidade que lhe é peculiar. Esse meio de controle, denominado incidental ou por exceção, é admitido em qualquer fase processual. Os efeitos que produz jamais ultrapassam as partes do litígio.

De alcance inegavelmente mais amplo é a propositura de ação para que se decrete a inconstitucionalidade de alguma norma baixada pelo poder público. Aqui a finalidade transcende o conflito intersubjetivo, abrangendo a globalidade das relações que a norma busca disciplinar. O que se pretende, na realidade, é a eliminação do ordenamento do preceito reputado inconstitucional. Trata-se sob esse ângulo de controle genérico, já que visa

obter a inconstitucionalidade em tese do preceito legal.

Em certos sistemas constitucionais concentrados cabe ao juiz solicitar que o tribunal se pronuncie a respeito de algum ato suspeito de ferir a Constituição.

Apesar da posição exposta por Marshall defendendo a nulidade do ato inconstitucional, Kelsen observa que seria uma *contraditio in terminis* sustentar que existem normas inconstitucionais. Segundo afirma, o ato inconstitucional não é nulo, mas simplesmente anulável, anulação essa que produz efeitos retroativos, alcançando os fatos ocorridos antes da decisão que se manifestou pela inconstitucionalidade.

De natureza jurisdicional, o controle de constitucionalidade das leis existente no Brasil era, em princípio, fundamentalmente difuso. Com o decorrer do tempo foram incorporados traços do sistema concentrado, sem que isso significasse desvirtuamento do sistema original.

Atualmente, além do controle incidental efetuado pelo Judiciário ao examinar o caso concreto, há o controle genérico exercido mediante ação direta de inconstitucionalidade. Gozam de legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade o presidente da República, as mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, a mesa da Assembleia Legislativa, o governador do Estado, o procurador-geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Houve evolução substancial nesse campo. No passado, antes de promulgada a Constituição vigente, somente o procurador-geral da República dispunha dessa prerrogativa.

Ao conferir ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de guarda da Constituição, a Carta Constitucional em vigor declara que lhe cabe processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a decretação de inconstitucionalidade promovida pela Suprema Corte gera efeitos imediatos,

dispensando a suspensão da eficácia do ato inconstitucional por parte do Senado.

A Constituição de 1988 inovou, ainda, ao prever a inconstitucionalidade por omissão. O intuito que motivou a criação do novo instituto foi a consideração de que a falta de lei regulamentadora e de medidas administrativas em certas áreas impede a aplicação da Constituição. Este fato configura pressuposto para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e em se tratando de órgão administrativo para fazê-lo em 30 dias (art. 103, §2º).

Note-se que apenas será dada ciência ao legislador, que não se encontra obrigado a legislar. O risco, nesse caso, é a total ausência de resultados práticos do julgamento ocorrido. Mais adequado seria que a própria decisão regulasse a matéria até que o Legislativo aprovasse norma específica a respeito.

A legalidade dos atos administrativos é condição de funcionamento do Estado de direito. Sem regras estáveis, democraticamente elaboradas, a atuação estatal seria fruto do arbítrio dos que governam.

As grandes burocracias modernas nasceram e se consolidaram a partir do instante em que as regras escritas definiram as formas de recrutamento, as competências funcionais, os direitos e obrigações dos funcionários estatais. O direito administrativo, entretanto, somente surgiu no século XIX, resultado direto das transformações políticas que presidiram o aparecimento do Estado de direito.

Desde as origens, a estrita fidelidade à lei tem sido a sua característica principal. Para atender o interesse público, a administração necessita estar investida de prerrogativas especiais, que vão da imposição de sanções administrativas ao poder de expropriar, da requisição de bens e serviços à modificação e rescisão unilateral dos contratos celebrados com os particulares.

Ao mesmo tempo, a proteção aos direitos individuais impõe restrições

que não se aplicam ao conjunto dos cidadãos. Tais prerrogativas e sujeições que constituem o regime jurídico administrativo não são mero reflexo da vontade do administrador. Reclamam a presença da lei que estabelece as limitações para o seu exercício.

No direito brasileiro o princípio da legalidade recebeu consagração constitucional. O art. 5º, II, determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, e o art. 37 o insere entre os princípios que norteiam o funcionamento da administração pública.

O princípio da legalidade não tem o mesmo sentido no direito público e no direito privado. No direito público e particularmente no direito administrativo significa que o administrador só pode fazer o que a lei expressamente lhe autoriza. Tudo o que não for permitido está automaticamente vedado.

O indivíduo que exerce função pública não tem liberdade na escolha dos fins a perseguir. Sujeita-se aos fins que a lei de antemão venha a eleger. O pressuposto em que se baseia tal eleição é que a lei visa sempre realizar o interesse coletivo.

No direito privado os indivíduos estão livres para fazer tudo o que a lei não proíbe. É sensivelmente maior a margem de liberdade concedida aos cidadãos, que são juízes dos seus próprios interesses. Enquanto no direito administrativo domina o princípio segundo o qual tudo que não estiver autorizado está proibido, no direito privado vigora regra oposta, ou seja, tudo que não estiver proibido está permitido.

A administração pública, em virtude do princípio da estrita legalidade administrativa, não pode conferir direitos ou criar obrigações que não estejam previstos em lei. Para evitar a prática de ilegalidade, os atos administrativos são objeto de controle pela própria administração, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário. No âmbito interno, a administração tem o poder de anular os atos ilegais ou inconvenientes. Qualquer indivíduo pode provocar esse controle comunicando o abuso de poder à autoridade superior à que praticou o ato ou ao Ministério Público que tiver

competência para iniciar processo crime contra a autoridade culpada (Lei n° 4.898/65, art. 2°).

De maior eficácia, contudo, é o controle externo promovido pelo Judiciário. O art. 5°, XXXV, da Constituição diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. No campo judicial, vários instrumentos são hábeis para pleitear a restauração da legalidade violada: o *habeas corpus*, o mandado de segurança individual e coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção e a ação popular.

10. O processo legislativo na Constituição Federal

Os órgãos legislativos cumprem diversas etapas na tarefa de criação da lei. Da apresentação do projeto à publicação da lei no *Diário Oficial* um longo caminho deve ser percorrido.

Os congressistas têm a faculdade de propor emendas ao projeto que será discutido e votado por ambas as casas do Congresso. Em caso de aprovação será enviado ao presidente da República que o sancionará se concordar com os seus dispositivos, ou o vetará se o considerar inconstitucional ou inconveniente. Sancionado o projeto, a lei que deste ato resultar precisará ser promulgada e publicada para que possa ter eficácia. Tais atos que se encadeiam entre si compõem o processo legislativo, cujo ápice é a produção de novo diploma legal.

Cabe advertir, porém que o processo legislativo não se esgota na elaboração das leis ordinárias. Segundo o art. 59 da Constituição, dele fazem parte também as leis complementares e delegadas, as emendas constitucionais, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções. A rigor foi indevida a inclusão das medidas provisórias no art. 59 da atual Carta constitucional. Editadas pelo chefe do Executivo, não se submetem às regras que tradicionalmente regulam o processo legislativo.

O mesmo não vale para os decretos legislativos e para as resoluções. Estas disciplinam matérias de competência do Congresso, em geral de âmbito interno, como se verifica com a elaboração dos regimentos do

Senado e da Câmara dos Deputados, a quem compete fixar o seu procedimento. São conhecidas as resoluções que produzem efeitos externos merecendo referência particular nesse campo as resoluções do Senado sobre assuntos financeiros e tributários.

Já os decretos legislativos são atos que dispõem sobre matérias de competência exclusiva do Congresso que acarretam efeitos externos. Não se sujeitam à sanção e ao veto que se aplicam aos projetos de lei.

Iniciativa. O exercício da iniciativa é o meio hábil para deflagrar o processo legislativo propondo-se a criação de normas jurídicas. Trata-se de declaração de vontade materializada em um projeto no qual se postula alguma modificação na ordem jurídica existente.

Mesmo não sendo fase do processo legislativo, a iniciativa possibilita a sua instauração. Somente em situações especiais ela é conferida a um órgão específico, que deve, por isso, exercê-la de modo exclusivo.

Na maior parte das vezes pertence indiferentemente a vários órgãos sem ser monopólio de qualquer deles. Nesse sentido, o art. 61 da Constituição de 1988 afirma que a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional ao presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao procurador-geral da República e aos cidadãos. São todavia de iniciativa do presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços público e pessoal da administração dos territórios;

c) servidores públicos da União e territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade,

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos estados, do Distrito Federal e dos territórios;

e) criação, estruturação e atribuições dos ministérios e órgãos da administração pública (art. 61, §1°).

O art. 93 reserva ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa de lei complementar que disponha sobre o estatuto da magistratura. De forma semelhante encontra-se no âmbito de atribuições do Ministério Público propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares. É necessário observar, entretanto, que o procurador-geral da República concorre com o presidente da República na iniciativa da lei orgânica do Ministério Público (art. 61, §1º, II, b, e 128, § 5°).

Em certas hipóteses a apresentação do projeto de lei por parte do titular da iniciativa assume caráter de obrigatoriedade, punindo-se a adoção de comportamento diverso. É o que se convencionou denominar iniciativa vinculada. Assim, por exemplo, nos termos dos arts. 84, XXIII e 165 da Constituição o envio ao Congresso da proposta orçamentária é de iniciativa do presidente da República. Se esta obrigação for descumprida o presidente da República incorrerá em crime de responsabilidade, conforme prevê o art. 85, VI da Constituição.

Inovação de grande alcance no direito constitucional brasileiro, a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional distribuído pelo menos por cinco estados. É imprescindível que em cada estado o número dos que vierem a subscrever a proposta não seja inferior a três décimos do eleitorado.

Emendas. As sugestões para que sejam alterados projetos de lei que tramitam no Congresso são realizadas mediante a proposição de emendas. O poder de emendar atualmente existente foi consideravelmente ampliado quando comparado ao que vigorava na Constituição anterior. O princípio que informa essa matéria é a admissibilidade da apresentação de emendas a qualquer projeto, excetuando-se apenas as que aumentem despesas nos

projetos de iniciativa reservada.

As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes da anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

a) dotações para pessoal e seus encargos;

b) serviço da dívida;

c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou

III - sejam relacionadas:

a) com a correção de erros ou omissões; ou

b) com os dispositivos do texto do projeto de lei (art. 166, § 3º).

Em princípio os parlamentares são os únicos titulares do direito de emendar. O art. 166, § 5°, abre exceção a essa regra ao determinar que o presidente da República poderá enviar mensagem ao Congresso Nacional para propor modificação nos projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais enquanto não iniciada a votação, na comissão mista, da parte cuja alteração é proposta. Se o titular da iniciativa não integra o Parlamento não lhe assiste o direito de apresentar emendas, salvo se decidir retirar o projeto para em momento posterior reapresentá-lo com a mudança pretendida.

Votação. Após os estudos e pareceres preparados pelas várias comissões do Legislativo tem início a fase de discussão e votação em plenário. A deliberação de que dela resulta será tomada por maioria simples ou relativa, ou seja, por maioria de votos, presente a maioria absoluta dos seus membros (art. 47) para a aprovação de projetos de lei ordinária; por maioria absoluta para a aprovação das leis complementares (art. 69) e por maioria de três quintos da Câmara e do Senado para a aprovação de emendas constitucionais (art. 60, § 5º).

Sanção e veto. A aprovação do projeto pelo Legislativo não é suficiente

para fazer surgir a lei. O direito brasileiro exige a concordância do presidente da República manifestada no ato de sanção. A lei nasce quando o chefe do Executivo adere à vontade do Legislativo exprimindo o seu assentimento. A sanção indica a concordância do presidente da República com o projeto que lhe foi enviado.

A doutrina habitualmente assinala duas modalidades de sanção. A sanção é expressa quando o presidente da República, ao assinar o projeto, revela de maneira inequívoca a sua aquiescência. É tácita se nos 15 dias úteis subsequentes ao seu recebimento não sobrevier qualquer declaração de vontade, fato que terá na prática o significado implícito de aprovação. O mero silêncio atesta que o chefe do Executivo não se opõe à conversão em lei do projeto.

A discordância presidencial consubstancia-se na aposição do veto. Duas razões o motivam: a inconstitucionalidade do projeto ou a sua inconveniência por ter sido considerado contrário ao interesse público.

O veto total incide sobre a totalidade do projeto, recaindo o veto parcial em alguma de suas partes. É tolerável o veto a artigo, parágrafo, inciso ou alínea, mas foi proscrito o veto a palavras ou expressões cuja omissão altere o sentido do texto. No artigo que dispusesse "esta lei entrará em vigor sessenta dias após a sua publicação", o veto à expressão sessenta dias modificaria o sentido do preceito legal para "esta lei entrará em vigor com a sua publicação".

O veto deverá ser comunicado, dentro de 48 horas, ao presidente do Senado Federal com a especificação dos motivos. O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de 30 dias a contar do seu recebimento, podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos deputados e senadores. Nessa hipótese, o projeto converte-se de imediato em lei sem necessidade de sanção.

Promulgação e publicação. Completo o processo legislativo com a sanção, torna-se necessário promulgar a lei, isto é, atestar a sua existência. A promulgação é pressuposto para que a norma seja executada. Indica que a lei é válida e obrigatória, tendo concluído o período de formação.

Com sentido diferente, a publicação tem a finalidade de comunicar aos destinatários o ato normativo, o qual se encontrará apto a partir de então a produzir efeitos. Realiza-se por intermédio da inserção do conteúdo da norma no Diário oficial. Condição impostergável para que tenha eficácia, assinala a entrada em vigor do novo diploma legal.

Somente se efetuará a publicação no instante em que a promulgação houver sido cumprida. A publicação incumbe à mesa autoridade encarregada de promulgar. Nesse sentido, dispõe a Constituição que 48 horas após ter ocorrido a sanção ou a publicação do veto, o presidente da República deverá proceder à promulgação. A tarefa compete, na omissão presidencial, ao presidente do Senado, em igual prazo, e na falta deste ao vice-presidente daquele órgão. Ao contrário do que se passa com a promulgação, não há a especificação de prazo para que a publicação seja feita.

Procedimento legislativo é o complexo de atos que o projeto deve ultrapassar no Congresso até consumar-se a sua apreciação. É usual a discriminação de três espécies de procedimentos legislativos: ordinário, sumário ou abreviado e procedimentos especiais.

O procedimento ordinário, que em linhas gerais já foi analisado, compreende cinco fases:

1 - a apresentação do projeto, testa normalmente junto à Mesa da Câmara dos Deputados, salvo os projetos apresentados pelos senadores ou por alguma Comissão do Senado;

2 - o exame do projeto nas Comissões permanentes, seguido de pareceres sobre os mesmos, admitindo-se, nessa oportunidade, a inclusão de emendas ao texto original e a apresentação de substitutivos;

3 - a discussão em plenário dos pareceres preparados pelas Comissões com a possibilidade da formulação de emendas;

4 - a votação;

5 - a deliberação, que ocasionará, no caso de aprovação, o envio do projeto à Casa revisora que adotará na sua apreciação rito idêntico ao

utilizado pela Casa que a antecedeu.

Se for aprovado, o projeto será remetido à sanção presidencial; na contingência de ser rejeitado não mais terá tramitação legislativa, mas se sofrer emendas retornará à Câmara perante a qual teve início para exame posterior. Aprovadas ou rejeitadas as emendas, o projeto seguirá para o presidente da República a fim de que seja sancionado.

O procedimento sumário ou abreviado tem lugar sempre que o presidente da República solicitar urgência para a apreciação de projetos de sua iniciativa. Se a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem, cada qual, sucessivamente, em até 45 dias, sobre a proposição, será esta incluída na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime a votação (art. 64, § 1° e § 2°).

Referido procedimento não se aplica aos projetos de Código encaminhados ao Congresso pelo Executivo.

A Constituição estabelece procedimentos especiais para a elaboração das emendas constitucionais, leis do orçamento plurianual, de diretrizes orçamentárias, do orçamento anual e de abertura de créditos adicionais, leis complementares e delegadas e medidas provisórias.

Pela importância de que se reveste, importa comentar procedimento de formação das medidas provisórias. O art. 62 prevê que "Em caso de relevância e urgência, o presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato Congresso Nacional" (art. 62, *caput*). "As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12, perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes" (artigo 62, § 3º).

Pertence ao presidente da República definir em cada caso o que seja urgência e relevância para a edição de medidas provisórias. Este fato aumenta a discricionariedade do Executivo que possui meios de agir nas maisvariadas situações.

II. Os direitos individuais

No Brasil, os direitos individuais foram regulados pela primeira vez na Constituição de 1824. O art. 179, em 35 incisos, estabeleceu um conjunto de direitos individuais. O art. 72 da Constituição de 1891, primeira Constituição do Brasil republicano, assegurou aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança e à propriedade.

Transformação de grande significado ocorreu na Carta Constitucional de 1934, a qual disciplinou, além dos direitos individuais, os direitos políticos e de nacionalidade. A novidade, contudo, foi a inclusão de um título denominado *Da Ordem Econômica e Social,* prevendo os chamados direitos sociais, a exemplo das constituições do México e da República de Weimar.

As constituições de 1946 e 1967 não trouxeram modificações importantes a respeito. Já a Constituição de 1988 introduziu mudanças bem mais profundas.

Os direitos e garantias fundamentais previstos no Título II compreendem os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (Capítulo I), os Direitos Sociais (Capítulo II), os Direitos de Nacionalidade (Capítulo III), os Direitos Políticos (Capítulo IV) e a existência e funcionamento dos partidos políticos (Capítulo V).

A inovação encontra-se não só na criação de novos direitos, mas, também, na maneira de concebê-los. Os direitos fundamentais foram positivados segundo uma nova lógica constitucional, na qual a aceitação dos valores liberais está condicionada aos princípios da justiça social. Sob

esse aspecto, diga-se de passagem, os direitos fundamentais constituem um todo harmônico, pois o pleno exercício dos direitos individuais exige muitas vezes, como condição prévia, o atendimento dos direitos sociais. Sem trabalho, educação e saúde, o exercício dos direitos individuais fica gravemente prejudicado. Nas situações de carência extrema, as liberdades formais constituem realidade distante para grande parte da população. É por isso que a Constituição procurou superar o abismo entre o cidadão abstrato da lei e o homem concreto da realidade, concebendo de forma integrada direitos resultantes de tradições diferentes.

A previsão dos direitos relativos ao meio ambiente indica ademais que o crescimento econômico não deve agredir a natureza. A concepção de desenvolvimento sustentável, já em voga nos anos 80, penetrou o texto constitucional e deve servir como diretriz na formulação de políticas públicas.

O art. 5° enumera ampla relação de direitos individuais e coletivos. São direitos individuais porque asseguram aos indivíduos uma esfera de atuação dentro da qual poderão atuar sem interferência do Estado ou dos demais membros da sociedade política. A Constituição garantiu, também, direitos a coletividades específicas ou genéricas, como acontece com a liberdade de informação e o direito de representação sindical.

São titulares dos direitos mencionados no art. 5° os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional. Os estrangeiros que não tenham residência no Brasil, mas que ingressaram regularmente no país, são protegidos, como já foi estudado, pelas normas de direito internacional e pela legislação interna que define os direitos dos estrangeiros.

O art. 5° aplica-se às pessoas jurídicas brasileiras, pois os seus beneficiários mediatos serão os membros que delas participam. Não ocorre o mesmo com relação às pessoas jurídicas estrangeiras ou de capital estrangeiro, que poderão ser alvo de discriminações em favor das nacionais.

Os incisos do art. 5° consagram cinco grupos de direitos fundamentais, a saber: direito à vida, à intimidade, à igualdade, à segurança e à liberdade.

A Constituição preocupou-se com o fato de que não basta conferir

direitos, é preciso instituir garantias para as hipóteses em que forem violados. A primeira garantia para a eficácia dos direitos fundamentais é a existência de condições econômicas, sociais, políticas e culturais que favoreçam a sua realização em dado momento histórico. Assim, como o atendimento dos direitos sociais pressupõe a ocorrência de circunstâncias econômicas propícias, a fruição dos direitos individuais requer a sua incorporação no repertório de aspirações da sociedade.

No plano técnico, o termo garantia indica o conjunto de proibições ou vedações impostas ao poder público e aos particulares a fim de assegurar o respeito aos direitos fundamentais. A essas proibições correspondem permissões feitas pelas normas constitucionais para o gozo e exercício desses direitos. Trata-se, em suma, dos meios, instrumentos e procedimentos que garantem a eficácia dos direitos inseridos no texto constitucional.

A Constituição não separou os direitos das garantias. A previsão dos direitos vem acompanhada das garantias que tornam possível a sua realização. Por esse motivo analisaremos conjuntamente ambos os temas.

O direito à vida foi tratado com ênfase particular pelo art. 5°. Entendida em sentido amplo, a proteção à vida importa na condenação de qualquer ato que venha a interromper o ciclo vital ou de qualquer modo possa ameaçá-lo. Daí a proibição da pena de morte, somente admitida nos casos de guerra externa declarada, nos termos do art. 84, XIX. A Constituição considerou, em tal hipótese, que a sobrevivência da nacionalidade se sobrepõe à vida de quem se recusa a defender a pátria.

O direito à vida manifesta-se, também, na garantia da integridade física e moral dos indivíduos. Como resultado surgem a proteção da integridade física do preso (art. 5°, XLIX) e a condenação da tortura ou tratamento degradante (art. 5, III). A lei considerará a prática de tortura crime inafiançável e insuscetível de graça, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem (art. 5°, XLIII).

Além da dimensão propriamente material, a vida humana é composta por elementos imateriais aos quais a Constituição conferiu importância especial. A honra, o nome, a reputação e a imagem são bens imateriais que

integram a personalidade moral dos indivíduos. Esta é a razão pela qual os danos morais foram considerados passíveis de indenização (art. 5°, V e X).

E digna de nota a tutela constitucional da vida privada. Na Antiguidade grega não havia separação entre o público e o privado. A pólis dava muito aos indivíduos, mas, também, podia retirar-lhes tudo. A noção de vida privada, como bem merecedor de tutela jurídica, desenvolve-se na época moderna. A sua função é traçar os limites entre o que é público – podendo por isso ser objeto de investigação e divulgação a terceiros –, e o que é privado, cujo controle deve permanecer sob domínio individual.

Na Constituição de 1988 os direitos à privacidade, no dizer de José Afonso da Silva, são direitos conexos ao direito à vida, abarcando a esfera íntima, as relações familiares e afetivas, os hábitos pessoais, o nome, a imagem, os segredos e os planos futuros. Já a intimidade teria sentido mais restrito, incluindo a esfera reservada a cada um, que não pode ser penetrada pelos demais.

Ela se expressaria na inviolabilidade do domicílio, no sigilo da correspondência e no segredo profissional. A inviolabilidade do domicílio tutela as relações familiares e sexuais. Busca impedir a entrada a quem quer que seja sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, e para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. O sigilo da correspondência protege a correspondência epistolar, bem como todas as formas de comunicação surgidas com o desenvolvimento da informática e da telemática. A interceptação das ligações telefônicas somente pode ser feita por ordem judicial para fins de instrução processual. O advogado, o médico e o padre confessor, que se obrigam a tomar conhecimento do segredo e guardá-lo com fidelidade, encontram-se amparados pelo direito à intimidade.

O direito à igualdade foi consagrado pela Constituição vigente em duas acepções diferentes. A igualdade tem, em primeiro lugar, o sentido de isonomia, isto é, de igualdade perante a lei. Vincula-se, sob esse aspecto, ao princípio da legalidade, que se constitui no fundamento do Estado de direito. O princípio da legalidade instaura a igualdade formal em oposição

aos privilégios estamentais da Idade Média.

Ele surge, por outro lado, com a finalidade de evitar o arbítrio, estabelecendo limites objetivos à ação dos governantes. Com isso, pretendeu-se submeter o poder público ao império da lei de tal sorte que as obrigações e proibições resultem exclusivamente da ordem legal. A vontade pessoal do chefe é substituída pela ordem pessoal da lei.

Cabe, no entanto, distinguir entre o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal. No primeiro caso a ação deve enquadrar-se nos parâmetros da lei, do ato formal elaborado pelo Congresso de acordo com o processo legislativo previsto pela Constituição. A reserva de lei existe em três situações:

a) quando a matéria for de competência exclusiva do Congresso Nacional, de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou, ainda, quando a matéria for reservada à lei complementar e à legislação referente aos incisos I, II e III do § 1º do art. 68;

b) quando a Constituição estabelecer que certas matérias ficarão a cargo da lei complementar, da lei ordinária federal ou estadual ou, ainda, de lei orgânica municipal. Em matéria tributária, é vedado à União, aos estados, ao DF e aos municípios exigir ou aumentar tributos sem lei que os estabeleça (art. 150, I). O art. 5°, XXXIX, declara que não há crime sem lei anterior que o defina, concedendo *status* constitucional ao princípio *nullum crimen nulla poena sine legem*;

c) quando a Constituição determinar que a disciplina de certa matéria será feita por lei, excluindo qualquer outra fonte infralegal. É o que sucede com o emprego de fórmulas como a lei definirá, a lei complementar organizará, a lei criará, a lei poderá definir. Afora essas hipóteses, outros atos normativos que não a lei poderão regular a matéria, obedecendo porém, aos critérios por ela fixados. O poder público poderá alterar a alíquota do imposto sobre importações, exportações, produtos industrializados e operações de crédito, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei (art. 153, §1º).

No âmbito do direito público vigora o princípio da estrita legalidade administrativa. No direito privado, ao contrário, domina o princípio segundo o qual tudo que não está proibido está automaticamente permitido.

A igualdade, nesse contexto, vale tanto para o legislador quanto para o juiz. Para o legislador ela impõe o dever de não fazer distinções não permitidas pela Constituição. A violação desse princípio acarretará a inconstitucionalidade do ato. Para o juiz a igualdade significa o dever de buscar a interpretação que iguale, evitando a que discrimine.

Na segunda acepção, a igualdade é concebida de um ponto de vista substancial. O problema desloca-se da preocupação com a justiça comutativa para a ênfase na justiça distributiva, que reclama tratamento desigual para situações desiguais. A propósito, o art. 3°, III, da Constituição dispõe que é objetivo da República Federativa do Brasil reduzir as desigualdades sociais e regionais. O art. 7°, XXX, proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, enquanto o inciso XXXI veda qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Os direitos relativos à segurança dizem respeito à estabilidade dos direitos subjetivos e à segurança pessoal. Não pode haver estabilidade dos direitos subjetivos sem que se estabeleçam garantias essenciais para o funcionamento do Poder Judiciário.

É necessário, para tanto, que sejam garantidos os princípios da independência e imparcialidade do órgão julgador, do juiz natural, do contraditório e do devido processo legal. Ninguém poderá perder a liberdade ou ser privado dos seus bens sem a instauração de processo no qual disponha de amplas garantias de defesa.

Mas é preciso ainda proteger as situações jurídicas já constituídas, impedindo que sejam alteradas pelo advento de lei subsequente. O art. 5°, XXXVI, determina que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Direitos adquiridos, nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil, são aqueles cujo titular, ou alguém por ele, possa

exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. Ato jurídico perfeito é o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Coisa julgada é a decisão judicial de que já não caiba recurso.

A proteção da segurança pessoal é realizada mediante a proibição da prisão a não ser em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Nas hipóteses de crime militar a prisão poderá ocorrer por ordem da autoridade administrativa competente.

O art. 5° prevê diversas garantias da liberdade pessoal, entre as quais se encontra o princípio da comunicação de toda prisão ao juiz competente (LXII), o da plena defesa (LV), a proibição dos juízos ou tribunais de exceção (XXXVII). Podem ser, ainda, mencionados os princípios da anterioridade da lei penal (XL), da individualização da pena (XLVI), da proibição de penas que ultrapassem a pessoa do delinquente (XLV), da proibição de penas de banimento, de prisão perpétua e de trabalhos forçados (XLVII), da proibição da prisão civil, salvo como sanção para o inadimplemento de obrigação alimentícia e para os casos de depositário infiel (LXVII).

Entre as liberdades previstas no texto constitucional, devem-se mencionar, entre outras, a liberdade de locomoção, a liberdade de pensamento e de consciência, a liberdade de expressão e de reunião.

O art. 5°, XV, protege a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. O dispositivo resguarda o direito de ir, vir e ficar, que se consubstancia na livre movimentação nas ruas e praças e na possibilidade de mudar de cidade, de Estado ou de região. É livre, da mesma maneira, a entrada e saída do território nacional.

A liberdade de locomoção somente poderá ser restringida em tempo de guerra, mas essa restrição não deverá resultar na sua completa eliminação. O *habeas corpus* é o instrumento que garante juridicamente a tutela do direito de ir e vir.

A liberdade de pensamento manifesta-se sob duas formas diferentes, mas complementares: a liberdade de consciência e a liberdade de

expressão. A primeira é de foro íntimo, revelando-se no plano de consciência individual. Ela indica que ninguém poderá ser compelido a pensar desta ou daquela forma. O seu exercício pressupõe o direito de escolher entre múltiplas opções que se oferecem. A escolha, porém, é atributo do sujeito que dispõe de vontade própria, ou seja, que é dotado de livre arbítrio. Desse modo, cada qual é livre para optar pelo credo religioso ou convicção filosófica que mais lhe aprouver.

Qualquer indivíduo poderá, em virtude de razões religiosas ou de consciência deixar de realizar algum encargo ou prestar determinado serviço imposto por lei a todos os brasileiros, como tem ocorrido em relação à prestação do serviço militar. Ninguém, por isso, será privado dos seus direitos, fato que ocorrerá apenas se o indivíduo deixar de cumprir obrigação alternativa prevista em lei.

A liberdade de pensamento manifesta-se, no âmbito externo, pelo exercício das liberdades de comunicação, expressão e ensino. A liberdade de comunicação é efetuada por intermédio de processos ou veículos que permitem a difusão do pensamento e da informação. Para assegurar a sua realização, o texto constitucional impediu a edição de leis que restrinjam a liberdade de informação jornalística vedando qualquer forma de censura política, ideológica ou artística. A publicação de veículos impressos de comunicação não depende de licença de qualquer autoridade, assim como os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio.

A expressão do pensamento verifica-se, muitas vezes, entre pessoas determinadas mediante a utilização de meios diversos, principalmente sigilosos, tais como cartas, telegramas, telefones etc. Aqui a tutela da liberdade de expressão é promovida pelos direitos à privacidade, já analisados acima. Mas a transmissão do pensamento pode dirigir-se a sujeitos indeterminados por meio de livros, jornais, revistas e outros periódicos.

Nesse caso, o direito de expressão do pensamento é delimitado pelo direito de ser informado por parte do público. A liberdade de informação,

que tem caráter essencialmente coletivo, requer a difusão das notícias e o conhecimento dos fatos e situações sem os quais o exercício das liberdades públicas corre o risco de ficar prejudicado. A divulgação das informações deve ser feita de forma objetiva, sem a distorção dos fatos e acontecimento que levem à alteração do seu significado original.

A liberdade de expressão revela-se, também, pelo exercício da liberdade de crença, de culto e de organização religiosa.

A Constituição assegura, ainda, a livre expressão da atividade intelectual, artística e científica. O art. 220, §3°, declara que compete à lei federal:

I. regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação mostre-se inadequada;

II. estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Como resultado da liberdade de expressão, a Constituição de 1988 põe em relevo a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, dentro de uma visão pluralista de ideias, de concepções pedagógicas e de instituições públicas e privadas de ensino (art. 206, II e III).

Por- fim, vale lembrar que a liberdade de reunião recebeu proteção constitucional. Reunião significa na presente Carta um agrupamento de pessoas organizado, mas descontínuo, para intercâmbio de ideias ou tomada de posição comum. Nas hipóteses em que o agrupamento adquire caráter de estabilidade, prolongando-se no tempo, a liberdade protegida não é de reunião, mas de associação. A reunião é livre quando seus participantes estejam desarmados e desde que se faça em locais abertos ao público, situação em que dispensa autorização.

Às normas constitucionais que regulam as liberdades individuais são de

aplicabilidade direta e imediata, não exigindo a edição de legislação complementar para que possam ser aplicadas. Pode suceder que, em certos casos, a Constituição mencione a existência de lei para regular o seu exercício. Ainda assim, as normas constitucionais em questão terão aplicabilidade imediata. A lei servirá apenas para regular os direitos subjetivos inseridos na Constituição, restringindo-lhes o conteúdo, mas sem lhes retirar a aplicabilidade. Além dos direitos fundamentais expressamente previstos, a Constituição admite existirem direitos implícitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seria parte (art. 5°, § 2°).

12. Responsabilidade do Estado no direito internacional público

A responsabilidade civil do Estado consiste na obrigação de indenizar os danos causados a terceiros por comportamento comissivo ou omissivo de agente do Estado. É diversa da responsabilidade criminal e administrativa, não obstante possam elas coexistir. Opera em área distinta da responsabilidade contratual, possuindo campo próprio de atuação.

Poderia parecer estranho à mentalidade do homem contemporâneo que o Estado se eximisse de qualquer responsabilidade pelos prejuízos que viesse a ocasionar em razão da atividade por ele desenvolvida. O reconhecimento generalizado dos princípios da responsabilidade estatal, contudo, logrou cristalizar-se apenas recentemente, revelando mudança profunda no modo de encarar a questão. O século XX assinalou a consolidação das novas tendências da responsabilidade do Estado entreabrindo perspectivas de evoluções futuras.

Durante o absolutismo prevaleceu a tese da irresponsabilidade estatal. Considerava-se, com base em uma concepção errônea da soberania, que seria uma contradição o Estado estabelecer as normas jurídicas e, ao mesmo tempo, violar o direito existente. A infalibilidade do monarca refletia-se nas máximas de que o rei não pode errar *(the king can do no wrong – le roi ne peut malfaire)* e de que "aquilo que agrada o príncipe tem força de lei" *(quod*

principi placuit habet legis vigorem).

Nessa linha de ideias a responsabilidade estatal teria o efeito de equiparar o Estado aos súditos, em flagrante contraste com os princípios sobre os quais se assenta a noção de soberania.

A erosão da tese de irresponsabilidade do Estado começou a esboçar-se no século XIX, quando se procurou distinguir os atos de império dos atos de gestão. Na primeira categoria encontram-se os atos que somente podem ser praticados pela Administração e que se impõem aos particulares em virtude da posição de supremacia da autoridade pública.

Os segundos, por sua vez, que não se revestem da impositividade e inafastabilidade dos primeiros, exibem a marca da igualdade no relacionamento da Administração com os particulares. Em consequência, somente os atos de gestão seriam aptos para suscitar a responsabilidade do Estado. Essa circunstância derivaria do fato de serem praticados por funcionários subalternos, ao passo que os atos de império, prerrogativa exclusiva do monarca, não gerariam qualquer responsabilidade.

Essa teoria não resistiu às críticas que lhe foram dirigidas, as quais apontavam, sobretudo, a impossibilidade de se proceder tal distinção em face do caráter unitário da personalidade estatal.

Passo seguinte foi considerar que a responsabilidade do Estado surgiria unicamente nos casos em que se conseguisse comprovar a culpa do funcionário encarregado de agir em nome do poder público. Era a chamada teoria da responsabilidade subjetiva, cujo fundamento reside na necessidade de o lesado demonstrar que o funcionário agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

A teoria da responsabilidade subjetiva logo se revelou insuficiente para enfrentar os riscos representados pelo crescimento do aparelho estatal. Este fato ficou evidenciado no caso Blanco, em que uma jovem, de nome Agnès Blanco, foi atropelada, na cidade de Bordeaux, por um veículo da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo. Ao julgar o litígio, em 1873, os tribunais franceses sustentaram que a responsabilidade do Estado se submete a princípios específicos, diversos das normas que disciplinam a matéria no

âmbito do direito comum.

A partir de então surgiram várias teorias com o propósito de expor os critérios que devem presidir a responsabilidade da Administração perante os particulares. Momento decisivo nessa evolução foi a teoria denominada "culpa do serviço" ou *faute du service*, como foi batizada pela jurisprudência francesa.

A novidade por ela introduzida residia em destacar que a responsabilidade do Estado independe da culpa do funcionário que produziu o dano. Anônima por excelência, a culpa do serviço não se personifica neste ou naquele agente da Administração, ocorrendo sempre que o serviço público não funciona, funciona mal ou tardiamente.

Nesse contexto, não foi difícil para o conselho de Estado francês dar um passo além de adotar a responsabilidade objetiva do Estado. Com a adoção da teoria do risco tem lugar verdadeira revolução copernicana no terreno da responsabilidade civil.

A responsabilidade objetiva resume-se na obrigação de indenizar em razão de um procedimento lícito ou ilícito que acarretou uma lesão na esfera jurídica de outrem. Prescinde da prova de culpa, sendo necessário tão somente demonstrar o nexo de causalidade entre o comportamento e o dano. Em outras palavras, é preciso constatar a relação de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo experimentado pelo administrado. Não se requer qualquer averiguação do comportamento subjetivo do agente com a finalidade de saber se a ação decorreu de dolo ou culpa.

Não está em causa o bom ou mau funcionamento do serviço público. Mesmo que a Administração comprovasse o funcionamento regular do serviço, o dano sofrido pelo lesado seria suficiente para dar origem à obrigação de indenizar.

O fundamento da responsabilidade objetiva do poder público encontra-se no princípio da igualdade consagrado pelo Estado de direito. O seu fim é proporcionar a repartição equitativa dos encargos provenientes da ação administrativa, evitando que alguns suportem os prejuízos havidos em

função das atividades realizadas no interesse de todos.

Múltiplos fatores contribuíram para que se atribuísse ao poder público um regime especial de responsabilidade, mais severo do que o que prevalece no direito comum. Entre eles merecem ser lembrados a ampla gama de atividades exercidas pela Administração, o que eleva a possibilidade de ações lesivas aos interesses dos administrados, a perspectiva de dano resultante do caráter permanente das prestações estatais e o monopólio da força que coloca o Estado em posição de supremacia frente aos indivíduos. Tudo isso demandou a necessidade de se conferir um regime próprio de responsabilidade do Estado que compatibilizasse a especificidade de sua posição com o imperativo de proteção dos interesses privados diante dos riscos a que os cidadãos estão continuamente expostos.

O direito brasileiro jamais conheceu a tese da irresponsabilidade do Estado. A doutrina e a jurisprudência, de forma explícita, sempre recusaram a sua adoção entre nós.

A evolução nesse terreno principia com a aceitação da culpa civil, seguindo-se mais tarde a aplicação da culpa do serviço, para finalmente culminar com a consagração da responsabilidade objetiva. As constituições de 1824 e 1891 não possuíam dispositivo algum que contemplasse a responsabilidade do Estado. O art. 178, no 29, da Constituição de 1824, e o art. 82 da Constituição de 1891 previam apenas a responsabilidade pessoal do funcionário pelas faltas cometidas no exercício de suas funções. A doutrina e a jurisprudência, todavia, consideravam o Estado solidariamente responsável pelos atos de seus agentes.

O art. 15 do Código Civil de 1916 acolheu a teoria da responsabilidade subjetiva ao dispor que: "As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano". Entendia-se que sem a prova de culpa do funcionário não existia responsabilidade do Estado.

A previsão legislativa da responsabilidade objetiva do Estado, porém, somente veio a ocorrer com a Constituição de 1946, que, no art. 194, estabeleceu que "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros".

O art. 105 da Constituição de 1967 instituiu regra idêntica, acrescentando que caberá ação regressiva contra o funcionário que causou o dano em caso de culpa ou dolo (parágrafo único). A Emenda n° 1, de 17 de outubro de 1969, seguiu nesse particular a tradição inaugurada com a Carta de 1946, o mesmo ocorrendo com o presente texto constitucional.

O art. 37, § 6°, da Constituição de 1988, determinou que "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão por danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros assegurado o direito regressivo contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". O dispositivo em questão prevê a existência de duas situações diferentes. O Estado responde objetivamente perante o lesado, mas é subjetiva a responsabilidade do funcionário em face do poder público.

A responsabilidade incidirá não apenas sobre as pessoas jurídicas de direito público – União, estados, municípios, DF, territórios e autarquias – mas também sobre as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, aí incluídas as empresas públicas, as sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, bem como as empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos. As entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada responderão com base na culpa pelos prejuízos causados a terceiros.

Para que a responsabilidade objetiva se configure é indispensável que o dano resulte da prestação de serviços públicos, promovida diretamente pelo poder público ou transferida aos administrados. Nesse último caso, não seria justo que a transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público descaracterize a sua intrínseca natureza estatal e

libere o executor privado das responsabilidades que teria o poder público se o executasse diretamente, criando maior ônus de prova ao lesado.

Importa referir que o termo “agente” foi empregado pela atual Constituição em sentido amplo, designando todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. Exige-se, ademais, que o dano seja cometido pelo agente no exercício de suas atribuições.

Não haverá responsabilidade estatal quando o agente atuar fora de suas funções. É imperativo que atue a serviço do poder público, não sendo relevante a qualidade do vínculo que o liga à Administração.

Todas as vezes que não se puder vislumbrar o nexo de causalidade entre o comportamento da Administração e o prejuízo sofrido pelo lesado não se poderá afirmar a existência de responsabilidade objetiva. Esta situação costuma ocorrer quando a vítima age com culpa ou dolo.

Se o evento lesivo foi produzido por culpa exclusiva da vítima, a Administração não terá nenhuma responsabilidade; havendo, entretanto, culpa parcial, é repartido o montante da indenização.

Exclui, igualmente, a obrigação de indenizar por parte da Administração a ocorrência de força maior, assim entendido o acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto ou um raio. Mas é preciso advertir que o Estado responde sempre que se manifeste a omissão do poder público descumprindo dever imposto por lei. No caso de inundação provocada pela limpeza inadequada de bueiros e galerias o Estado responde pelos danos que advierem do seu comportamento. O mesmo se verifica no tocante aos danos oriundos de distúrbios ocasionados por multidões.

Nessa situação a solução do litígio não é dada pelo emprego dos princípios da responsabilidade objetiva. Devem-se aplicar, ao contrário, as regras pertinentes à responsabilidade pela culpa do serviço. Desse modo, o Estado será responsabilizado quando se demonstrar que o serviço público não funciona, funciona mal ou tardiamente.

Alguns traços fundamentais definem o instituto da responsabilidade

internacional do Estado. De origem consuetudinária, o propósito que inspirou a sua criação foi o de limitar o emprego da guerra como meio de solução de conflitos por meio da obrigação de indenizar imposta ao Estado que provocou o dano. Este fato assinala o caráter essencialmente patrimonial do instituto desvinculado, por isso, do aspecto repressivo inerente ao direito criminal vigente no plano interno.

As relações, que enseja são de natureza interestatal, o que significa, em outras palavras, que somente o Estado pode formular pretensões reparatórias em face de outro Estado. O endosso é o seu meio prático de realização. Por seu intermédio o Estado decide acolher a reclamação apresentada por um nacional seu que haja sofrido o dano, dirigindo contra o infrator o pedido de indenização.

Exige-se a presença de três elementos: o fato ilícito, a imputabilidade e o dano.

Não há responsabilidade do Estado perante os seus pares sem que o direito internacional tenha sido infringido. O fato ilícito consubstancia-se, assim, em uma ação ou omissão suscetível de violar uma norma convencional, uma obrigação consuetudinária ou um princípio de direito internacional.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) tem reiteradamente manifestado-se em favor da condenação do Estado que desrespeita obrigação constante de tratado previamente concluído. Atitude semelhante é revelada diante da não observância das regras costumeiras.

No caso relativo às atividades militares e paramilitares desenvolvidas na Nicarágua, a CIJ considerou que os EUA violaram diversas normas internacionais costumeiras, especialmente as que concernem à intervenção nos assuntos de outro Estado ao fornecer armamentos para os “contras”, na realização de incursões no espaço aéreo daquele país e na instalação de minas nas águas territoriais nicaraguenses.

Servem de atenuante da responsabilidade do Estado a imprecisão da regra internacional invocada para solucionar o litígio e o comportamento da vítima do ato ilícito. Ilustra a primeira hipótese a alegação de que o

tratamento dos estrangeiros não seguiu os parâmetros mínimos requeridos pela vida civilizada. No caso do Estreito de Corfou, analisado pela CIJ, em 1949, a ação da frota de guerra britânica de retirar as minas colocadas em águas territoriais albanesas, não obstante ser intrinsecamente ilícita, teve como atenuante o comportamento da Albânia que deixara de comunicar a existência de minas em seu mar territorial.

Ao lado das circunstâncias atenuantes existem causas que excluem por inteiro a responsabilidade do Estado. Tal acontece com a legítima defesa, a força maior e a represália.

A imputabilidade é o segundo elemento necessário para que se possa falar em responsabilidade internacional. Imputar, em sentido jurídico, é atribuir o delito ao responsável pela sua prática. Para que surja a responsabilidade, a ação ou omissão delituosas deve ser imputada ao Estado. Imputam-se ao Estado as ações e omissões de seus órgãos, inclusive as provenientes do exercício das competências legislativas judiciais.

O Legislativo engendra responsabilidade estatal quando aprovar lei contrária à obrigação internacional anteriormente assumida, quando houver sido ab-rogada norma interna capaz de impedir a produção de efeitos de algum compromisso internacional, ou quando não for adotada medida legal para tornar efetivo o cumprimento de acordo internacional já celebrado. Na esfera administrativa caracteriza a responsabilidade do Estado a ausência de proteção efetiva aos estrangeiros, como teve oportunidade de salientar a CIJ ao apreciar o caso referente à detenção do pessoal diplomático e consular norte-americano em Teerã. É igualmente ilícita a não observância dos contratos de concessão firmados com estrangeiros.

Os atos jurisdicionais são passíveis de acarretar também a responsabilidade do Estado. A denegação de justiça é certamente o mais comum entre eles. Os estrangeiros muitas vezes enfrentam problemas de acesso aos tribunais locais; em alguns casos as dificuldades com que se defrontam provêm de deficiências na administração da justiça, que vão desde a existência de tribunais imparciais à falta de assistência jurídica adequada.

Em geral, o Estado não responde pelos danos sofridos pelos estrangeiros em consequência de atos praticados por seus cidadãos. Existirá, no entanto, o dever de indenizar se o Estado deixar de oferecer a proteção necessária à pessoa e aos bens dos estrangeiros que vivam em seu território.

A responsabilidade estatal surgirá sempre que se puder deduzir a concordância do Estado em relação aos atos dos seus nacionais. Em tal circunstância, os particulares convertem-se em verdadeiros agentes estatais, adquirindo os seus atos *status* "público", razão pela qual devem ser imputados ao Estado. Na decisão de 24 de maio de 1980 a CIJ afirmou que os autores da invasão da embaixada americana em Teerã tornaram-se, graças ao assentimento havido, agentes governamentais, gerando com isso a responsabilidade internacional do Estado.

Em terceiro lugar, não se pode conceber o instituto da responsabilidade, seja no plano interno, seja no plano internacional, sem que haja um dano a ressarcir. A lesão a um direito juridicamente protegido e não a um mero interesse é fundamental para a configuração do dano.

A responsabilidade internacional pode ser direta ou indireta. Direta é a responsabilidade em que o próprio Estado faltou com suas obrigações internacionais. Indireta, por sua vez, é a responsabilidade pela violação do direito internacional cometida por outro Estado. Pressupõe um vínculo particular em que o Estado é responsável na ordem internacional pelo delito cometido por um Estado por ele protegido ou por uma coletividade que venha a representar. A preponderância do direito internacional impede que os Estados federais aleguem, para eximir-se da obrigação de reparar os danos produzidos por atos ilícitos imputáveis aos Estados-membros, o regime especial de distribuição de competências que os caracteriza. O ressarcimento dos prejuízos deve abranger indiferentemente tanto os danos materiais quanto morais.

Em princípio, somente os Estados figuravam nos pleitos de reparação dos danos. O indivíduo que houvesse sofrido um prejuízo não podia recorrer diretamente a um tribunal internacional para propor uma demanda contra o Estado responsável. A proteção diplomática era, nessa hipótese, o único

recurso que lhe restava para o restabelecimento do direito violado. Por seu intermédio, o Estado ao qual o indivíduo pertencia solicitava do infrator a composição do dano sofrido.

Com a transformação da vida internacional cresce a tendência de aceitar que o próprio indivíduo promova ação para a salvaguarda dos seus interesses sem que, para isso, tenha de utilizar-se da mediação oferecida pela proteção diplomática. Paralelamente admitiu-se o direito das organizações internacionais de postular a reparação dos danos que tenham sofrido. Em parecer consultivo de 11 de abril de 1949 sobre o assassinato, em Jerusalém, em 17 de setembro de 1948, do conde sueco Folke Bernadotti, a CIJ implicitamente reconheceu que as organizações internacionais podem figurar como autoras ou vítimas de atos ilícitos na esfera internacional.

O Projeto da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre a responsabilidade internacional dos Estados previu diversas causas de exclusão da responsabilidade, a saber:

a) o consentimento do Estado vítima em relação ao ato delituoso atribuído ao Estado que causou dano;
b) a adoção de uma medida de força, por parte do Estado ofendido, contra o Estado causador do dano, conforme estabelecido pelo direito internacional;
c) força maior ou caso fortuito;
d) perigo extremo, assim entendido o perigo de vida de pessoas que se encontram sob a guarda do Estado;
e) estado de necessidade, isto é, o ato ilícito é considerado como o único modo de proteger um interesse internacional do Estado contra um perigo grave e iminente; e
f) legítima defesa, um ato considerado inicialmente contrário ao direito internacional perde esse caráter se cumprir os requisitos no art. 51 da Carta das Nações Unidas.

O direito internacional registrou, na segunda metade do século XX, o aparecimento de hipóteses de responsabilidade por atos não proibidos,

também conhecidas por responsabilidade objetiva ou por risco. Esse fenômeno está estreitamente associado à multiplicação do risco, que atinge todas as esferas da vida humana. Cada vez mais, a proliferação de atividades perigosas ameaça à integridade física e psíquica dos indivíduos, além de gerar riscos para os seus bens. Por se tratar de regime especial, que se distancia do regime comum contemplado pelas normas internacionais, as situações de responsabilidade por atos não proibidos exigem regulamentação pormenorizada a fim de evitar abusos. Guido Soares aponta as seguintes características da responsabilidade objetiva ou por risco no direito internacional contemporâneo:

a) a definição do dano cuja ocorrência desencadeia o dever de indenizar à vítima;
b) a "canalização da responsabilidade" pela qual a autoria do dano é atribuída, de modo inequívoco a uma pessoa, a quem cabe a demonstração da inexistência da responsabilidade;
c) a obrigatoriedade da constituição de seguro para as atividades reguladas, muitas vezes complementado por garantias suplementares;
d) o estabelecimento de causas de limitação ou exclusão da responsabilidade;
e) a indicação dos foros judiciais internos dos Estados onde as vítimas poderão exercer seus direitos.

A responsabilidade objetiva foi adotada, sobretudo nos domínios da exploração nuclear e espacial. A responsabilidade pertencerá inicialmente ao explorador do empreendimento, cabendo ao Estado promover a reparação dos danos se o empresário privado não tiver meios para fazê-lo. Em matéria espacial o Estado responderá objetivamente pelos danos causados pelos engenhos espaciais ainda que o lançamento tenha sido feito por particulares.

Finalmente, deve-se registrar que há responsabilidade objetiva no caso de poluição dos mares pelo derramamento de petróleo.

Merecem destaque os seguintes tratados internacionais que adotaram o regime da responsabilidade objetiva: a Convenção de Viena sobre

Responsabilidade Civil por Danos Nucleares, de 21 de maio de 1963, promulgada no Brasil pelo Decreto no 911, de 3 de setembro1963; Convenção Internacional para o Estabelecimento de um Fundo Internacional de Compensação de Danos causados pela Poluição por Óleo, celebrada em Bruxelas, em 1971; Convenção sobre Responsabilidade Civil por Dano decorrente de Poluição por Óleo, resultante de Exploração e Explotação de Recursos Minerais do Subsolo Marinho, firmado em Londres, em 1977; Convenção sobre a Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais, Londres, Moscou e Washington, março de 1972, promulgada no Brasil pelo Decreto no 71.981, de 22 de março de1972.

A proteção diplomática é o meio pelo qual se realiza a responsabilidade internacional. A vítima não age diretamente contra o Estado responsável para obter a reparação do dano. Dirige antes uma reclamação ao seu próprio Estado para que este formule o pedido de indenização do prejuízo causado. Exige três condições:

a) a nacionalidade do prejudicado;

b) o esgotamento dos recursos internos;

c) a conduta correta do autor da reclamação.

Normalmente a proteção diplomática é exercida em favor de todos aqueles que estejam ligados ao Estado pelo vínculo de nacionalidade. Mas ela pode vir a ser dispensada aos membros da coletividade protegida pelo Estado no domínio internacional.

Os tribunais internacionais aceitam de maneira excepcional a possibilidade de se conceder proteção diplomática aos cidadãos de outro Estado. Na decisão arbitrai do caso I'm alone, que opôs o Canadá aos EUA, sustentou-se que era permitido ao Canadá conceder proteção diplomática e receber a indenização paga pelo governo norte-americano, em proveito da família de um marinheiro francês, que se encontrava no navio apreendido pelas autoridades aduaneiras americanas devido ao transporte ilícito de bebidas alcoólicas.

A nacionalidade deve ser efetiva para merecer a proteção diplomática. É esta a conclusão a que chegou a CIJ ao apreciar o caso Nottebohm que

opôs Liechtenstein à Guatemala em 1955. A Corte afirmou, nessa ocasião, que Liechtenstein não podia oferecer proteção diplomática ao senhor Nottebohm porque a nacionalidade deste não era efetiva, desrespeitando os requisitos impostos pelo direito internacional.

A nacionalidade efetiva ou de fato é o critério utilizado para determinar, em caso de dupla nacionalidade, qual Estado oferecerá proteção diplomática. Para se verificar a existência da nacionalidade efetiva é preciso examinar vários elementos, entre os quais se incluem a conduta pessoal do interessado, o domicílio e a residência habituais, o local de trabalho e o idioma empregado.

Segundo princípio tradicionalmente aceito, a demanda deve ser nacional desde sua origem (*a claim must be national in origin*). Apesar de haver sido atenuado em algumas hipóteses pela jurisprudência, prevalece o entendimento de que o lesado não pode mudar de nacionalidade após apresentar a reclamação.

A proteção diplomática abrange sem exceção a todos os nacionais, sejam pessoas físicas ou jurídicas. O critério da nacionalidade impede que a proteção diplomática se estenda aos apátridas, cuja quantidade elevou-se substancialmente neste século.

A segunda condição para que seja oferecida concerne ao esgotamento dos recursos internos. O prejudicado deve antes de solicitá-la valer-se de todos os meios jurídicos previstos pelo direito interno para obter a reparação do dano. É necessário que não haja qualquer outra via a ser utilizada para salvaguardar os interesses da vítima ou que esta não tenha logrado êxito ao acionar os instrumentos de que dispunha.

Subjacente à regra do esgotamento dos recursos internos encontra-se a convicção de que cada país possui um sistema judiciário organizado para atender às pretensões individuais. Como corolário seria lógico recorrer primeiro ao Judiciário local para somente depois promover a demanda perante os tribunais internacionais.

Em terceiro lugar, a proteção diplomática não alcança a quem se comportou de forma condenável, violando normas jurídicas internas ou

internacionais. Exemplifica a primeira hipótese, a participação em ataques terroristas ou em sublevações armadas contra o governo estabelecido, ao passo que a violação da neutralidade do Estado em virtude da prática de contrabando de armas caracteriza a segunda. A doutrina usa a expressão "mãos limpas" para se referir ao indivíduo que não infringiu qualquer norma jurídica, razão pela qual está em condições de pleitear o beneficio da proteção diplomática.

O preenchimento dessas condições habilita o Estado a oferecer a proteção diplomática desejada. Ela não é, contudo automática, decorrência inevitável do cumprimento de certos requisitos.

O Estado é livre tanto para decidir se deve ou não concedê-la quanto para escolher os meios empregados para esse fim. Esta liberdade resulta do fato de agir em nome próprio o que lhe permite ponderar sobre a oportunidade e a conveniência de exercê-la. Trata-se, na verdade, de poder discricionário que se subordina a considerações de natureza política que transcendem os limites do caso isolado.

Do mesmo modo, o Estado é livre para escolher os meios adequados à proteção dos interesses da vítima. Assiste-lhe, inclusive, o direito de renunciar à proteção diplomática, já que não está obrigado a realizá-la.

Problema controvertido diz respeito à validade da renúncia à proteção diplomática feita por pessoas privadas. A partir do final do século XIX muitos contratos celebrados por cidadãos estrangeiros, principalmente europeus, com Estados latino-americanos passaram a conter cláusula de renúncia à proteção diplomática, a assim chamada "cláusula Calvo", batizada com o nome do seu idealizador, conhecido jurista e ex-ministro das Relações Exteriores da Argentina.

Esta cláusula tinha a finalidade de combater os abusos provenientes da proteção diplomática oferecida pelas nações europeias aos nacionais seus residentes no continente americano. Tal proteção, na realidade, servia para justificar a intervenção estrangeira nos assuntos internos dos países da região.

A despeito de algumas decisões arbitrais como a tomada pela Comissão

Geral de Arbitragem, instituída em 1923, no caso envolvendo o México e os EUA concluírem pela validade da "cláusula Calvo", a maioria da doutrina e a jurisprudência da CIJ negam valor legal a esta estipulação.

Por último, cabe observar que o modelo clássico da proteção diplomática é muitas vezes insatisfatório para o indivíduo lesado. O Estado, por razões diversas, pode deixar de concedê-la ou celebrar acordo que não satisfaça a vítima do dano.

Por outro lado, a proteção diplomática foi não raro no passado pretexto para a intervenção nos assuntos internos dos Estados que violaram o direito internacional. Por esse motivo, países do terceiro mundo, especialmente da América Latina, acusaram o instituto de acobertar pretensões imperialistas das nações desenvolvidas.

É necessário, porém, o aspecto positivo da proteção diplomática ao selecionar os conflitos submetidos aos tribunais internacionais. Ela permite eliminar do contencioso internacional os pleitos destituídos de fundamentação jurídica.

13. Fontes do direito internacional público

A Antiguidade e a Idade Média não registraram a preocupação do jurista com as fontes do direito. A razão pode ser encontrada no fato de que o direito era concebido como um dado da natureza, que independia da ação direta dos homens. A revelação carismática e a tradição conferiam-lhe a marca da permanência e da estabilidade.

A Era Moderna, ao contrário, converteu o direito em obra tipicamente humana, variável, contingente e historicamente determinada. A laicização da cultura promoveu a dissolução dos elementos mágicos e religiosos que permeavam o fenômeno jurídico. Com a desintegração do universalismo religioso medieval, o direito, as artes e a ciência adquirem autonomia, não se subordinando a forças externas ao seu respectivo campo de atuação.

A consciência de que as regras jurídicas sofrem alterações ao sabor das mudanças conjunturais impôs a necessidade de se forjarem critérios para identificar o direito nas sociedades que emergiram a partir da revolução industrial. Afinal, a mudança contínua gera incerteza e instabilidade.

A teoria das fontes aparece justamente com o objetivo de enfrentar esse problema. Busca oferecer um mínimo de certeza e segurança por intermédio da indicação dos órgãos autorizados a criar normas jurídicas válidas.

O tema das fontes do direito internacional é tratado segundo duas perspectivas diferentes. Para a escola positivista o acordo de vontades é a

fonte por excelência do direito internacional, o qual se apresenta seja sob a forma de tratados (acordo expresso), seja sob a forma do costume (acordo tácito). O reconhecimento pelos Estados constitui o seu traço essencial.

A concepção objetivista, por sua vez, aponta para a existência de dois tipos de fontes: as fontes criadoras e as fontes formais. As primeiras, integradas por elementos extrajurídicos que podem ser, conforme o ângulo enfatizado, a opinião pública, a consciência coletiva, a noção de justiça, a solidariedade e o sentido de interdependência social, entre outros, desfrutam de maior importância, ao passo que as segundas apenas limitar-se-iam a expressá-las do ponto de vista formal. Aqui o que se realça não é o reconhecimento estatal, mas a distinção entre o complexo de fatos materiais e ideais que compõe as fontes criadoras e a positividade inerente às fontes formais.

O mérito da concepção objetivista consistiu em destacar os fatores extrajurídicos que influenciam a elaboração do direito internacional. Apesar disso, polêmica à parte, por ora nossa atenção concentrar-se-á na análise das fontes formais tal como previstas pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ). A referida norma, que reproduz dispositivo idêntico constante do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, de 16 de setembro de 1920, prevê que:

> Art. 38 - A Corte, cuja função é decidir conforme o Direito internacional as controvérsias que lhes sejam submetidas, deverá aplicar:
> a) as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
> b) o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como Direito;
> c) os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
> d) As decisões judiciais e a doutrina dos publicistas de maior competência das distintas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de Direito, sem prejuízo do disposto no art. 59.

Comentários específicos sobre a função dos tratados na criação do direito internacional serão feitos no capítulo próprio em que se discutirão o conceito e as características dos tratados internacionais. Já a força do costume como fonte do direito revela-se, de modo diferente, no âmbito interno o no plano internacional.

Nos países de tradição romano-germânica a preponderância da lei

escrita reduziu sensivelmente o espaço ocupado pelo costume. Desde o início a norma legal expressava a soberania estatal em face dos particularismos medievais.

No século XVIII a influência do Iluminismo foi determinante para a sistematização do direito em códigos, como demonstra o Código Civil francês de 1804. Em consequência, a solução para o caso concreto teria de ser buscada no direito codificado, que se imaginava completo, sem quaisquer lacunas.

Nos países anglo-saxões, por outro lado, o costume moldou a vida jurídica. O uso prolongado por séculos a fio instituiu padrões de convivência que se traduziram em normas de alcance geral.

O empirismo inglês, sem dúvida, contribuiu para colocar em evidência a dimensão dos fatos sociais na criação do direito. A importância do costume chegou a ser de tal ordem que as principais instituições políticas inglesas se desenvolveram sem que houvesse qualquer norma escrita regulando o seu funcionamento.

O parlamentarismo inglês, ou governo de gabinete, adquiriu as características atuais após longa evolução independentemente de previsão legal ou mudança constitucional. A propósito, vale lembrar que a Constituição inglesa teve natureza consuetudinária, resultado direto do comportamento ancestral dos grupos e classes sociais. Registra-se, nos últimos tempos, a intensificação da atividade legislativa ampliando o domínio do direito escrito nos ordenamentos anglo-saxônicos.

Na esfera internacional o papel do costume é muito mais significativo. Entre os fatores que concorreram para lhe conferir posição especialmente relevante o mais importante é certamente a ausência de centralização do poder. Enquanto no interior dos Estados o princípio da soberania conduziu à supremacia da lei sobre as demais fontes do direito, no plano externo o costume não só está na origem do direito internacional, como também durante longo tempo as normas consuetudinárias eram o principal modo de regular o comportamento dos governos.

Concluído o período de descolonização, muitos dos novos Estados

contestaram a obrigatoriedade dos costumes internacionais. O argumento utilizado fundava-se na ausência de consentimento por parte dos países recém-independentes e no fato de que os costumes internacionais refletiam os interesses das nações desenvolvidas.

Na atualidade, ao contrário do que se poderia pensar, o papel do costume tem sido cada vez mais revalorizado. Com a alteração das técnicas de elaboração do direito internacional as organizações internacionais passaram a ser a instância privilegiada de nascimento dos costumes, sejam eles regionais ou universais. Esta circunstância tende a diminuir o peso dos países desenvolvidos, aumentando o grau de legitimidade das regras consuetudinárias.

Em segundo lugar, a rapidez vertiginosa do processo histórico abreviou consideravelmente o tempo requerido para a formação do costume. Não é mais necessário aguardar o transcurso de séculos ou mesmo de muitos decênios para que seja formado. Algumas décadas e, às vezes, alguns anos são suficientes para que o costume se torne vinculante.

É o caso da noção de plataforma continental apresentada, pela primeira vez, em 1945 pelo presidente Truman. Aceita de imediato por inúmeros Estados cedo converteu-se em prática generalizada até ser reconhecida expressamente em 1958 na Conferência Internacional sobre o Direito do Mar.

Situação análoga ocorreu com o conceito de zona econômica exclusiva, surgido no início dos anos 70. O acolhimento quase instantâneo por vários governos atribuiu-lhe o *status* de regra costumeira antes de ser consagrada na convenção aprovada na Terceira Conferência sobre o Direito do Mar.

Não basta afirmar que o costume é fonte do direito internacional. É preciso saber em que condições ele se torna vinculante, quando cria obrigações podendo ser invocado para a solução dos conflitos. Em outras palavras, trata-se de indicar quais os requisitos exigidos para a sua existência.

O costume manifesta-se apenas quando dois elementos estiverem presentes.

– o elemento material constituído pela repetição constante e uniforme

de determinados atos durante certo período; e

– o elemento psicológico, ou seja, a convicção de que tais atos correspondem à execução de uma obrigação jurídica.

A prática de atos isolados não origina qualquer costume. Alguma frequência é necessária para o seu aparecimento. O uso, elemento material do costume, compreende atos reiterados – comportamentos que se repetem revelando a marca da uniformidade. Na órbita internacional a determinação do uso reclama a análise de grande quantidade de atos entre os quais se incluem os tratados internacionais, os atos unilaterais dos Estados e das organizações internacionais de que é exemplo a declaração do governo francês de não realizar testes nucleares na atmosfera e as decisões dos tribunais internacionais, bem como o conteúdo das legislações nacionais e os julgamentos proferidos pelas cortes internas.

O uso, por si só, não acarreta consequência jurídica alguma. É preciso ademais que haja o reconhecimento pelos Estados do caráter obrigatório da prática em questão. É o que se chama *opinio juris sive necessitatis*.

Além da repetição de condutas idênticas, é indispensável que se verifique a presença de um elemento subjetivo representado pela convicção de obrigatoriedade de dada regra. Como afirma Ascensão, diz-se que algo é com a convicção de que deva ser.

É esse sentimento de obrigatoriedade que permite não seja o costume confundido com a mera cortesia. Enviar representante oficial aos funerais do chefe do governo de uma nação amiga constitui mera cortesia, cujo descumprimento não gera qualquer punição.

A cortesia, composta pelas regras de etiqueta e da polidez internacional, estabelece que condutas são consideradas desejáveis em certas ocasiões. Os destinatários não estão obrigados a agir dessa ou daquela forma. O desrespeito às regras de cortesia não provoca violação do direito internacional.

Apesar de o art. 38 do Estatuto da CIJ referir-se tão somente aos costumes gerais, nada impede que a norma costumeira limite-se a uma região do globo ou a apenas dois Estados.

A possibilidade da existência de costume regional foi reconhecida pela CIJ em decisão de 20 de novembro de 1950 relativa ao caso Haya della Torre, que opôs a Colômbia ao Peru. Discutiu-se, na oportunidade, a concessão de asilo diplomático feita pela Colômbia, por intermédio de sua embaixada em Lima, a Haya della Torre, importante líder político peruano. Sob protestos do Peru a Colômbia alegou, como motivo de sua decisão, a existência de costume próprio aos países latino-americanos, segundo o qual o país disposto a conceder asilo tem o direito de proceder à qualificação do delito em causa com a finalidade de ponderar sobre a presença ou não das causas que justificam a concessão do asilo diplomático. Não obstante, negar validade à tese colombiana a CIJ aceitou a formação de costumes regionais vinculando número limitado de Estados.

Da mesma maneira, em julgado de 12 de abril de 1960, opondo Portugal à Índia, referente ao direito de passagem em território indiano, a CIJ admitiu que costumes locais se formem com a participação de apenas dois Estados.

O costume geral, contudo, exige o reconhecimento por parte da maioria suficientemente representativa de Estados e a ausência de manifestações de repúdio em relação ao seu conteúdo.

Cabe advertir que a formação do costume é incompatível com eventuais objeções formuladas pelos Estados. É comum a oposição dos governos a práticas internacionais com o fim de evitar a constituição de costumes contrários aos seus interesses. Falta nessa hipótese a convicção de obrigatoriedade sem a qual nenhum costume pode surgir.

A transformação da vida internacional nas últimas décadas modificou a função tradicionalmente desempenhada pelo costume. Sustentava-se, no passado, que o costume se destinava unicamente a preencher as lacunas do direito escrito.

Hoje, acredita-se que ele pode alterar o direito derrogando dispositivos constantes de tratados internacionais. Em parecer consultivo de 1971 sobre a Namíbia a CIJ considerou que a abstenção de um dos membros permanentes do Conselho de Segurança não invalida a resolução adotada por esse órgão, a despeito de haver interpretação estrita da Carta da ONU

indicando o contrário.

O costume tem exercido nova e importante função no campo das relações transnacionais. Este fato ocorreu graças ao desenvolvimento, nos últimos anos, de mercados disciplinados exclusivamente pelas normas costumeiras, como acontece com os mercados das eurodivisas e euro-obrigações. Nesses setores, que se caracterizam pelo relacionamento entre os Estados e os grandes bancos privados, as regras costumeiras, pela sua inegável flexibilidade, aparecem como o meio por excelência de regular o comportamento dos agentes que deles participam. Assiste-se, com isso, à revitalização do costume ditada agora pelo tipo de enlace que se estabelece em virtude da crescente abertura dos espaços transnacionais.

Por longo tempo a teoria do direito considerou o ordenamento jurídico como sendo constituído apenas por normas. Para Kelsen, o termo "norma" significa que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem deve comportar-se de determinada maneira. Trata-se, como diz Kelsen, do sentido que possui um ato de vontade dirigido à conduta de outrem. A sua juridicidade decorre do fato de fundar-se em uma norma superior que estabelece os requisitos para a sua existência.

O direito surge, assim, como um conjunto de normas supraordenadas em que a validade das normas inferiores repousa nas normas superiores, até chegarmos à norma fundamental, que constitui o fundamento de validade de todo o sistema. Segundo esta concepção, a função do direito é disciplinar o uso da força mediante o estabelecimento de sanções.

A teoria geral do direito, contudo, tem revelado que os sistemas jurídicos não são compostos apenas por normas, como pretendia Kelsen. As definições e os preâmbulos normativos integram o ordenamento jurídico, exercendo profunda influência sobre a atividade interpretativa.

Do maior significado, pela amplitude dos efeitos que acarreta, é a distinção entre regras e princípios jurídicos. As regras, conforme assinala Dworkin, são aplicadas segundo a fórmula "tudo ou nada". Assim, por exemplo, a regra é válida, devendo-se por isso aceitar a resposta que ela oferece, ou a regra é inválida e não influirá sobre a decisão a ser proferida. A

regra deve indicar expressamente todas as suas exceções. Quanto mais preciso for o elenco das exceções, mais completa será a enunciação da regra.

Os princípios, ao contrário, são pautas genéricas que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico tanto no tocante à sua explicação e integração, como no momento da elaboração de novas normas. Mesmo os princípios que mais se assemelham as regras, não estabelecem consequências jurídicas que sigam de forma automática a enunciação dos fatos que deveriam servir como condição para a sua aplicação.

Em segundo lugar, os princípios devem ser avaliados conforme o seu peso ou importância, fato que não se verifica com as regras. Quando dois princípios se contradizem, a solução do conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Neste caso, estamos diante de opções valorativas, o que torna impossível qualquer mensuração exata.

Pode-se dizer que dado princípio é mais importante que outro porque tem maior relevância na ordenação dos comportamentos sociais. Não podemos dizer que determinada regra é mais importante que outra dentro do sistema de regras, no sentido de que, se duas regras entrarem em conflito, uma prevalecerá sobre a outra em virtude de seu maior peso.

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça inclui entre as fontes do direito internacional "os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas". Referido dispositivo foi inserido inicialmente no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional elaborado em 1920 pelo comitê de juristas da Sociedade das Nações.

A expressão empregada revela indisfarçável influência do direito natural. Este era, aliás, o propósito que havia inspirado os seus idealizadores. Mas o aspecto que despertou maior atenção foi o caráter etnocêntrico da fórmula escolhida, que na opinião dos países recém-independentes da África e da Ásia espelhava o direito das nações ocidentais que haviam colonizado o novo mundo.

O aumento do número de Estados, produto do processo de

descolonização, contribuiu para conferir-lhe acepção diversa da que originariamente possuía. Na atualidade, a expressão nações civilizadas não tem mais significado restritivo, referindo-se à totalidade dos Estados independentemente do nível de desenvolvimento econômico ou cultural.

O art. 38 alude tanto aos princípios gerais de direito encontrados em todos os grandes sistemas jurídicos contemporâneos, quanto àqueles específicos do direito internacional. As cortes internacionais, nesse sentido, aplicarão os princípios peculiares ao direito interno desde que estes apresentem suficiente grau de generalidade.

Os juízes e árbitros são responsáveis pela identificação dos princípios aplicáveis no campo internacional. Nessa tarefa, a doutrina oferece auxílio valioso; ajuda a explicitá-los orientando a sua aplicação. Merecem referência os seguintes princípios de direito internacional: proibição do uso ou ameaça da força; solução pacífica de controvérsias; não intervenção nos assuntos internos dos Estados; dever de cooperação internacional; igualdade de direitos e autodeterminação dos povos; igualdade soberana dos Estados; boa fé no cumprimento das obrigações internacionais. Em algumas áreas os princípios gerais de direito internacional são especialmente relevantes. A interpretação dos tratados ensejou o aparecimento de princípios que auxiliam a hermenêutica de todos os atos internacionais. O princípio segundo o qual o autor deve reparar os danos causados – aí incluído o que o lesado efetivamente perdeu e o que deixou de ganhar (dano emergente e lucro cessante) – bem como os demais princípios da teoria da responsabilidade civil desenvolvida no interior dos Estados estendem-se à responsabilidade internacional.

Analogamente, em matéria de administração da justiça os princípios forjados no plano doméstico são sem dificuldade transpostos para a esfera internacional. Assim, por exemplo, ninguém poderá ser juiz em causa própria, da mesma maneira que a autoridade judiciária internacional não excederá ao julgar o pedido formulado pelas partes.

Juntamente com o costume, os princípios gerais de direito têm importância capital na regulação das relações transnacionais envolvendo os

Estados e as organizações internacionais, de um lado, e as pessoas jurídicas privadas, de outro. Nesse setor a rigidez do processo convencional não responde à necessidade de constantes mudanças. A velocidade das transformações ajusta-se mal ao rito mais lento que cerca a conclusão dos tratados.

Nas relações interestatais, por outro lado, os princípios gerais de direito têm função subsidiária na solução dos conflitos. A razão pode ser buscada na falta de objetividade que apresentam, fato que transfere ao juiz a faculdade de determinar qual princípio deverá ser aplicado ao caso concreto.

Esta circunstância torna os Estados relutantes em relação ao seu uso, o que com certeza refletiu na própria atuação da Corte Internacional de Justiça. Em raras oportunidades ela lançou mão dos princípios gerais de direito no julgamento de disputas internacionais.

O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça estabelece que a jurisprudência e a doutrina dos publicistas mais qualificados são meios de determinação do direito internacional.

No domínio do direito internacional o papel da jurisprudência foi e continua a ser de grande relevo. A atuação da CIJ, principal autoridade judiciária internacional, compreende além da atividade jurisdicional propriamente dita, a elaboração de pareceres consultivos sobre as matérias que lhe são submetidas.

Tais pareceres expressam a opinião da Corte a respeito da interpretação das normas que regem a vida internacional, sem, contudo, possuir força vinculante. A parte que tenha solicitado o parecer pode, se preferir, opor-se aos seus termos, inclusive mediante a adoção de conduta oposta àquela recomendada pela Corte, pois este fato não configura violação do direito internacional. Já as sentenças que vier a proferir são obrigatórias. Os efeitos que produzem restringem-se, contudo, unicamente às partes em litígio.

As decisões tomadas pela CIJ não a vinculam a procedimento semelhante em relação a julgamento de casos futuros. Ela é livre para alterar as conclusões a que chegou anteriormente, decidindo a questão a partir de

novo ponto de vista. A Corte, não obstante, demonstra profunda continuidade em seus julgamentos. Com frequência, reporta-se a pronunciamentos já emitidos em casos anteriores.

A jurisprudência cumpre, ainda, a função de reconhecimento dos costumes internacionais. Igualmente não se deve esquecer que em não poucas ocasiões a posição adotada pela CIJ chegou a influenciar a formulação de regras convencionais.

A doutrina, por outro lado, tem maior peso no direito internacional que no direito interno. Em razão das características das relações externas, as normas internacionais são, em geral, mais vagas e imprecisas, acentuando o aspecto político que marca o seu nascimento. Por esse motivo avulta a tarefa da doutrina na fixação do significado das regras internacionais.

A doutrina prima ademais por auxiliar no processo de individualização das normas jurídicas.

Esta função é particularmente saliente no caso dos costumes e dos princípios gerais de direito. A doutrina não só os identifica como também ministra critérios para que venham a ser aplicados.

Cabe-lhe, por último, contribuir para a criação de regras nos novos ramos do direito internacional. No Direito do Mar, por exemplo, o trabalho doutrinário foi decisivo para a consolidação das noções de plataforma continental e zona econômica exclusiva.

14. Tratados internacionais

Parcela considerável das normas internacionais hoje existentes teve origem na conclusão de tratados e convenções entre os Estados. Desde a mais remota antiguidade, os tratados têm servido aos mais diferentes fins, entre os quais se destacam a constituição de alianças militares de caráter defensivo, a celebração da paz, o estabelecimento das linhas fronteiriças entre os países e a intensificação do intercâmbio econômico e cultural.

Fenômenos importantes marcaram a elaboração do direito dos tratados nos dois últimos séculos. Verificaram-se, em primeiro lugar, o aparecimento e multiplicação dos tratados multilaterais na cena internacional.

No passado, os tratados eram exclusivamente bilaterais, reunindo a participação de apenas dois Estados. O próprio tratado de Westphalia consistiu no conjunto dos tratados bilaterais concluídos entre os beligerantes.

Os tratados multilaterais – assim entendidos os que contêm a participação de mais de dois Estados – somente vieram a desenvolver-se a partir do Congresso de Viena de 1815, cujo documento final, assinado pelos participantes, enumerava os direitos e as obrigações das partes. Surgiu, desse modo, uma nova técnica de elaboração dos tratados, que passou a ter importância decisiva na regulação da vida internacional.

A proliferação das organizações internacionais repercutiu de maneira particular no processo de formação dos tratados. Cada vez mais os acordos e convenções resultaram de negociações permanentes havidas no âmbito de

organizações como a OIT e a ONU. Esse método contrasta com a forma de confecção dos tratados multilaterais em voga no século XIX, que eram discutidos e preparados em conferências internacionais especialmente convocadas para a sua adoção.

Em segundo lugar, registrou-se, pela primeira vez na história, a codificação do direito dos tratados. Até meados do século XX, o direito dos tratados tinha natureza consuetudinária, predominando o princípio da boa-fé e o princípio *pacta sunt servanda,* segundo o qual as partes devem honrar as obrigações assumidas. Em 1968 e 1969, após longo trabalho empreendido pela Comissão de Direito Internacional da ONU, ocorreu em Viena uma conferência diplomática destinada a negociar uma convenção universal sobre o direito dos tratados. Adotada em maio de 1969, a Convenção somente entrou em vigor no plano internacional em 27 de maio de 1980, quando foi alcançado o *quorum* mínimo de 35 ratificações. A esta Convenção, que se limitava a regular os acordos celebrados entre os Estados, sucedeu uma outra, firmada em Viena em 1986, com o objetivo de disciplinar tanto as relações entre as organizações internacionais quanto os ajustes concluídos entre os Estados e estas últimas.

Tratado é todo acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos. Não é relevante que o acordo se exprima em um único documento ou em dois ou mais instrumentos conexos.

A importância e o significado de que se revestem os tratados exige solenidade para a sua celebração, representada pela exigência de forma escrita. Os acordos entre Estados soberanos, que em geral comportam consequências de grande alcance para as respectivas sociedades, não podem circunscrever-se ao mero ajuste verbal. É lógico, portanto, a obediência à forma escrita como meio de conferir maior segurança e estabilidade às relações.

Somente podem celebrar tratados as pessoas jurídicas de direito internacional público, ou seja, os Estados e as organizações internacionais. As empresas privadas, mesmo as grandes corporações econômicas, não

concluem tratados, ainda que venham a contratar com os Estados. Como ato e norma internacional, o tratado gera efeitos jurídicos indiscutíveis ao criar, modificar ou extinguir direitos entre as partes.

Não obstante o termo tratado ter sido consagrado pelo uso, grande variedade terminológica tem sido empregada indiferentemente para designar a realidade convencional: acordo, ajuste, convenção, compromisso, arranjo, ata, ato, carta, código, constituição, declaração, estatuto, contrato, convênio, memorando, pacto, regulamento e protocolo. Carta e convenção são os termos mais comumente utilizados para indicar os tratados constitutivos de organizações internacionais; por sua vez, os ajustes, arranjos e memorandos designam tratados de importância reduzida. O tratado bilateral entre determinado Estado e a Santa Sé, visando à regulação de matéria de interesse religioso, denomina-se concordata.

Os acordos internacionais que se exprimem em um documento único iniciam-se por um preâmbulo, o qual é seguido de uma parte dispositiva, às vezes complementada por anexos. O preâmbulo enuncia os objetivos, indica as razões e motivos que determinaram a celebração do ajuste.

Apesar de não integrar o compromisso propriamente dito, o preâmbulo possui grande relevância na interpretação das cláusulas do tratado, contribuindo para eliminar eventuais dúvidas e obscuridades. É possível encontrar nele disposições supletivas para o preenchimento das lacunas a que pode dar origem a interpretação do texto convencional.

A parte dispositiva é constituída por artigos ou cláusulas que estabelecem os direitos e as obrigações das partes. A sua redação é feita em linguagem jurídica, fato que a diferencia das demais partes do tratado.

Já os anexos têm a finalidade de complementar, especificar, ou mesmo detalhar o conteúdo das obrigações estabelecidas. Composto não raro por fórmulas, gráficos e ilustrações, eles emprestam a precisão que poderia ter faltado à parte dispositiva. O seu valor jurídico é idêntico ao das demais disposições do tratado. As cláusulas finais por seu turno disciplinam a entrada em vigor, a modificação e o término dos tratados.

O processo de elaboração dos tratados começa com a negociação entre

os interessados. Não é usual que as convenções internacionais sejam negociadas diretamente pelo chefe de Estado ou de governo. Na maior parte dos casos são negociadas por funcionários, conhecidos como plenipotenciários, que recebem plenos poderes para representar o Estado com vistas à conclusão de um acordo internacional.

Até o final da Primeira Guerra Mundial, o francês era a língua na qual se exprimiam os instrumentos diplomáticos; essa tradição foi caindo em desuso e, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, o inglês passou a gozar de inegável preferência para a redação dos documentos internacionais. No caso dos tratados bilaterais, quando as partes não falam a mesma língua, o usual é adotar dois originais, redigidos nos idiomas das duas Partes. Em certos casos, adota-se também uma versão redigida em uma terceira língua (que pode ser, por exemplo, o inglês), que serve para dirimir eventuais dúvidas interpretativas. Os tratados multilaterais firmados sob os auspícios da ONU são redigidos em inglês, francês, espanhol, russo, chinês e árabe.

A assinatura torna autêntico o texto convencional, impedindo que qualquer das partes possa unilateralmente reabrir as negociações. Assinado o compromisso, o Estado não pode contrariar as finalidades do tratado, impossibilitando a concretização do seu objeto antes da sua entrada em vigor. Esta obrigação decorre do princípio da boa-fé que fundamenta o direito dos tratados.

Em certas hipóteses, como acontece nos acordos de forma simplificada ou *executive agreements*, a assinatura tem o condão de vincular as partes independentemente de aprovação parlamentar. Verifica-se aqui o comprometimento definitivo por parte do Estado, prescindindo de qualquer confirmação ulterior. O tratado terá então vigência imediata, salvo se as partes julgarem oportuno postergar a vigência para uma data futura, mas sempre certa.

A processualística do acordo por troca de notas é simplificada: a nota do proponente e a nota de resposta constituem o tratado. Este tipo de acordo é usado para regular matérias de menor importância.

O direito internacional não disciplina o procedimento de ratificação dos tratados, que é matéria a ser regulada pela ordem jurídica interna. O propósito que orienta a conduta do legislador nacional nesse particular é permitir o reexame do acordo antes que o Estado venha a comprometer-se no plano internacional.

É lícito ao Estado, mesmo depois da assinatura, rejeitar as obrigações que adviriam do tratado por considerá-las excessivas ou extremamente onerosas. O instituto da ratificação surgiu do desejo dos governantes de controlar a ação dos plenipotenciários, quando da assunção de obrigações internacionais. Na atualidade, cabe ao direito interno determinar o modo de formação da vontade estatal, a necessidade de consulta ao Parlamento e a competência do órgão encarregado de proceder à ratificação. As ordens jurídicas nacionais devem disciplinar o âmbito de competências reservado aos poderes legislativo e executivo no tocante à vinculação externa, enquanto o direito internacional cuida da representatividade dos agentes dos Estados para concluir tratados.

O chefe de Estado é a autoridade incumbida de efetuar a ratificação; ele deve manifestar o comprometimento definitivo do Estado. Em princípio, não se estipula prazo para a ratificação, mas o tratado poderá prever o prazo dentro do qual ela deverá ocorrer.

A ratificação consubstancia-se pela comunicação formal dirigida à outra parte ou ao depositário, informando acerca da intenção de (normalmente uma nota diplomática) dirigida à outra parte, ou ao depositário, informando que foram concluídos os trâmites internos para que o Estado seja vinculado ao tratado. A entrega desta comunicação é denominada depósito do instrumento de ratificação. Nos tratados bilaterais as partes podem ajustar que a troca dos instrumentos de ratificação seja simultânea.

Os Estados que não ratificarem o tratado no prazo que haja sido estipulado ou que não o tenham assinado poderão aderir a ele em certas hipóteses. Muitos tratados bilaterais, especialmente os que versam sobre questões políticas, a celebração da paz e a constituição de alianças militares, não contemplam a adesão de terceiros. Mas em certos casos aceita-se a

adesão de outros Estados quando forem preenchidas as condições previamente fixadas.

Os tratados regionais, por exemplo, são integrados apenas pelos Estados que pertencem à região em causa. Há por fim os tratados que não têm restrição alguma à participação de terceiros. Qualquer Estado tem a possibilidade de a eles aderir.

Para o ingresso nas organizações internacionais não basta a vontade do Estado que pretenda tornar-se membro. É necessário que o ingresso do novo membro seja aprovado pela organização.

Em algumas hipóteses, os tratados entram em vigor no plano internacional tão logo se manifeste o consentimento definitivo dos Estados. Nos acordos constituídos por troca de notas não há lapso temporal que medeie entre a assinatura e a vigência do compromisso.

Situação análoga verifica-se com os tratados executivos que dispensam aprovação parlamentar. Nos tratados cuja ratificação exige assentimento do Legislativo, certa disposição convencional poderá prever que uma vez expressa a confirmação definitiva das partes o acordo terá vigência imediata.

É usual estipular-se determinado prazo, após a conclusão de um tratado, para sua entrada em vigor. Esse período de tempo tem a finalidade de permitir a inserção do acordo nas ordens jurídicas dos Estados-partes. Cuida-se de tomar as medidas para garantir-lhe vigência de tal sorte que ele possa ser conhecido pelos cidadãos e aplicado pelos órgãos competentes. Esse prazo, em geral de 30 dias, tem sido dilatado em casos especiais, quando se trata da adoção de pactos que terão grandes consequências para a vida internacional. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 fixou este prazo em 12 meses. Ademais, os tratados multilaterais costumam ter cláusula estipulando o número mínimo de ratificações necessárias para sua entrada em vigor. A Convenção sobre o Direito do Mar, por exemplo, celebrada em Montego Bay, em 10.12.1982, só entrou em vigor doze anos depois, em 16.11.94, quando foi atingido o número de ratificações exigido.

A condenação da diplomacia secreta, que marcou o relacionamento

entre os Estados no século XIX, culminou na imposição feita pelo Pacto da Sociedade das Nações de que os acordos celebrados pelos Estados-membros fossem registrados na Secretaria da Organização, que providenciaria a sua publicação. O art. 102 da Carta da ONU dispõe que todo tratado internacional concluído por qualquer membro das Nações Unidas deverá imediatamente ser registrado e publicado pela Secretaria. Nenhuma parte, em qualquer tratado ou acordo internacional que não tenha sido ratificado, poderá invocá-lo perante os órgãos das Nações Unidas.

Após a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação os Estados precisam introduzir o tratado na ordem jurídica interna. Para tanto, o meio utilizado é a promulgação pela qual o compromisso ganha força obrigatória no território nacional.

No Brasil, a promulgação revela que foi obedecido o procedimento legislativo para que tenha validade. Nos tratados aprovados pelo Congresso Nacional ela é feita por decreto do presidente da República publicado no *Diário Oficial da União*. Os acordos executivos são publicados no *Diário Oficial* mediante autorização do ministro das Relações Exteriores, incumbindo esta medida à Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty.

O direito internacional deixa às ordens jurídicas nacionais a faculdade de estabelecer os requisitos para a formação do consentimento sem o qual o Estado não poderá vincular-se no âmbito externo. Antes de analisar as características do direito brasileiro nesse particular, objeto precípuo deste capítulo, é preciso mencionar, ainda que brevemente, os casos francês e norte-americano, que ilustram a experiência dos Estados unitários e dos Estados federais nessa matéria.

Ao contrário da Carta de 1946, a Constituição francesa de 1958 teve dois objetivos principais: preservar a independência nacional e ampliar o papel desempenhado pelo Executivo na condução dos negócios públicos.

Para garantir a independência nacional, solenidades especiais devem preceder a participação da França em tratados internacionais. O art. 53 da Constituição afirma que a cessão, troca ou anexação de território somente serão válidas se contarem com o consentimento das populações

interessadas.

Já o art. 54 exige que todo tratado contrário à Constituição apenas entrará em vigor após a revisão do texto constitucional. Essa tarefa cabe ao Conselho Constitucional, que em 30 de dezembro de 1976, quando da eleição dos representantes para a Assembleia Europeia, revelou que não seriam aceitos os tratados que atentassem contra a soberania francesa ou a indivisibilidade da República.

A Constituição de 1958 ampliou extraordinariamente os poderes do Executivo no domínio internacional. O presidente da República foi investido da competência exclusiva para negociar e ratificar os tratados internacionais.

A despeito do general De Gaulle ter negociado pessoalmente, em 1963, o tratado de cooperação entre a França e a Alemanha, essa missão é ordinariamente confiada ao plenipotenciário. O presidente deve, também, ser informado acerca da conclusão dos acordos executivos de forma simplificada.

Compete igualmente ao presidente da República ratificar os tratados desde que para tanto seja autorizado por uma lei do Parlamento. Trata-se, porém, de competência discricionária, isto é, a ratificação não é obrigatória, obedecendo aos critérios de oportunidade e conveniência.

Foram admitidos os chamados acordos executivos que entram em vigor a partir da assinatura e recobrem expressiva quantidade de assuntos. O art. 53 enumera os tratados que requerem aprovação parlamentar, como é o caso dos tratados de paz, de comércio, sobre o estado das pessoas, os relativos à cessão, troca ou anexação de territórios e os que oneram as finanças do Estado. O presidente da República terá a faculdade de escolher que tratados serão submetidos à aprovação popular mediante a convocação de referendo, entre os que venham a incidir sobre o funcionamento das instituições, mas que não sejam contrários à Constituição. De qualquer forma, a experiência francesa demonstra a sensível redução do controle parlamentar sobre a atividade do Executivo na esfera internacional.

Nos EUA o governo federal tem plena competência para concluir tratados. Os Estados dispõem nessa matéria tão-somente de competência

residual. A Corte Suprema tem interpretado de maneira bastante ampla os dispositivos constitucionais referentes à capacidade do governo de celebrar tratados reduzindo ainda mais o âmbito reservado aos Estados.

O art. 2°, Seção 2, da Constituição dispõe que cabe ao presidente da República a celebração de tratados, os quais serão aprovados pelo Senado por maioria de dois terços. A dificuldade de obter tão expressiva maioria impediu a aprovação do Tratado de Versalhes e o ingresso dos EUA na Sociedade das Nações. Fato semelhante ocorreu com a Carta de Havana, que daria origem à Organização Internacional do Comércio (OIC).

A extrema dificuldade de aprovar tratados segundo o procedimento previsto na Constituição originou os acordos executivos ou *executive agreements,* que vinculam de imediato os EUA a partir da assinatura do presidente ou de um representante que tenha poderes para tanto.

Desde o início do século, a Corte Suprema tem considerado lícita a conclusão dos *executive agreements* em diversas hipóteses. Eles podem ser concluídos pelo presidente mediante delegação do Congresso, situação em que deverão ser respeitados os limites estabelecidos pelo Legislativo. O presidente poderá também concluí-los sob reserva de aprovação ulterior pelas duas casas do Congresso por maioria simples. Esta foi a forma utilizada para a aprovação dos Acordos de Bretton Woods de 1944, que criam o FMI e os resultados da Rodada Tóquio em matéria tarifária. Como chefe do Executivo e como chefe das Forças Armadas o presidente está ainda revestido da competência necessária para firmar acordos executivos. Essa tarefa seria decorrência natural das funções por ele desempenhadas.

O emprego em larga escala dos *executive agreements* após a Segunda Guerra Mundial superou em muito o número dos tratados celebrados pelo governo americano no mesmo período. Este fato causou pronta reação do Congresso, que na prática se encontrava privado de parcela considerável da competência que a Constituição lhe havia outorgado no controle da política externa. Como resultado, desde 1972 o presidente é obrigado a informar ao Legislativo acerca dos *executive agreements* firmados com os governos estrangeiros.

No Brasil, a Constituição de 1891, primeira Constituição republicana, determinou que competia ao Congresso resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com as nações estrangeiras. Cabe ao presidente da República celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendo* do Congresso.

A posição da doutrina em prol da necessidade de aprovação do Legislativo para os atos que importassem em comprometimento externo do país não impediu que o governo brasileiro, em diversas oportunidades, contraísse obrigações internacionais sem a manifestação favorável do Congresso. Sob a vigência da Constituição de 1946 instalou-se grande debate doutrinário em torno dos limites da competência do Legislativo na esfera internacional. A razão desse debate residia no fato de que as Constituições de 1934 e 1946 haviam substituído as expressões ajustes, convenções e tratados, existente na Constituição de 1891, por convenções e tratados, o que, segundo alguns, reduzia o âmbito de atuação do Parlamento. De forma análoga, estas Constituições não traziam a palavra sempre constante da Constituição de 1891: sempre *ad referendo* do Congresso. Alegava-se, por igual, que o comportamento do governo brasileiro dera origem à formação de verdadeiro costume constitucional.

Em consequência, parte da doutrina sustentava a admissibilidade dos acordos executivos de forma simplificada nas seguintes hipóteses:

a) quando se tratasse de matéria da competência exclusiva do Poder Executivo;

b) quando concluídos por agentes ou funcionários que tivessem competência sobre questões de interesse local ou importância restrita;

c) quando a matéria versada fosse a interpretação de cláusulas de tratado vigente;

d) para a aplicação dos tratados em vigor;

e) os de *modus vivendi* e as declarações de extradição;

f) com a finalidade de prorrogar os tratados existentes.

A segunda corrente, por outro lado, afirmava que as alterações havidas não indicavam mudança de orientação no direito constitucional brasileiro.

O art. 49, I, da Constituição de 1988 determinou que são da competência do Congresso Nacional os tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Não houve, nesse particular, inovação em relação às constituições anteriores. Manteve-se o propósito do legislador de recobrir a mais ampla gama de comportamentos externos do país.

Nem por isso, os acordos executivos foram excluídos em todas as situações pelo atual texto constitucional. Rezek destaca três categorias de acordos executivos que encontram guarida na Constituição: os acordos que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente, os que decorrem lógica e necessariamente de algum tratado vigente e são como seu complemento e os de *modus vivendi* que estabeleçam as bases para negociações futuras. Sustenta aquele autor, em primeiro lugar, que a aprovação de certo tratado compreenderia os acordos de especificação, de detalhamento e de suplementação previstos no texto e deixados a cargo dos governos pactuantes.

Deve-se ressaltar ademais que se inclui no rol de competências do presidente da República manter relações com os Estados estrangeiros. A referida competência abrange a celebração dos compromissos internacionais próprios da rotina diplomática, bem como os atos decorrentes do relacionamento com outros Estados. Encontrar-se-iam recobertos por esta regra os acordos como o de *modus vivendi* e o pacto de *non contrahendo* para a preparação de acordos internacionais.

Rezek considera que são necessários dois requisitos para caracterizar os acordos executivos que dispensam a aprovação por parte do Congresso: a reversibilidade e a preexistência de cobertura orçamentária. Tais acordos somente pertencem ao domínio da rotina diplomática quando possam ser desconstituídos por intermédio de retratação expressa de uma das partes. É exigido, por outro lado, que a execução destes acordos absorva exclusivamente os recursos orçamentários destinados ao Ministério das

Relações Exteriores.

Afora os casos de acordos executivos, para que um tratado vincule o Brasil internacionalmente, não basta a assinatura aposta pelo representante brasileiro no documento convencional. É necessário que sejam cumpridos os pressupostos previstos pela Constituição relativamente ao processo de formação da vontade capaz de obrigar o país no exterior.

O executivo, que participou diretamente das negociações que conduziram à adoção do tratado, não está desde logo obrigado a sujeitá-lo à apreciação do Congresso. É possível que não seja recomendável a adoção do texto obtido, por este não resguardar de modo adequado os interesses nacionais. Nesse caso ele será arquivado, não produzindo qualquer efeito jurídico. Mas o governo brasileiro somente pode expressar o consentimento definitivo em relação ao tratado após a aprovação do Legislativo.

Ainda que o Congresso manifeste a sua concordância, o Executivo não está obrigado a ratificar a Convenção. Caberá em última instância ao Executivo decidir sobre a conveniência da ratificação, tomando as medidas necessárias para concretizá-la.

A atuação de cada um dos poderes, por si só, é insuficiente para a formação da vontade nacional. Esta somente se exprime pelo concurso do Legislativo e do Executivo em seu processo formativo.

Compete ao presidente da República enviar ao Congresso Nacional, para que sejam apreciados, o texto do acordo e a exposição de motivos elaborada pelo ministro das Relações Exteriores. A discussão da matéria realizar-se-á em ambas as casas do Congresso, primeiro na Câmara e depois no Senado. A eventual recusa do compromisso pela Câmara impedirá a sua apreciação pelo Senado.

As comissões especializadas do Legislativo, conforme a pertinência temática, terão a oportunidade de se pronunciarem sobre a matéria antes da votação em plenário. Para que o tratado venha a ser apreciado por ambas as casas do Congresso o *quorum* mínimo exigido é o da maioria absoluta do número total dos deputados ou senadores. Já a aprovação requer o voto favorável da maioria absoluta dos presentes.

Aprovado o tratado, a promulgação será feita por decreto legislativo do presidente do Senado, a ser publicado no *Diário Oficial*.

A rejeição do tratado será comunicada ao presidente da República. Foram raras as ocasiões em que o Congresso rejeitou acordo anteriormente firmado pelo governo brasileiro, como aconteceu com o tratado argentino-brasileiro sobre a Fronteira das Missões, recusado em 18 de agosto de 1891.

Por fim, algo deve ser dito sobre a extinção dos tratados internacionais. Os tratados extinguem-se pela vontade comum das partes, pela vontade de uma única parte ou pela alteração das circunstâncias que motivaram a celebração do ajuste.

Os acordos internacionais não raro contêm cláusula específica dispondo acerca do seu desfazimento. As partes, muitas vezes, predeterminam o encerramento do pacto originariamente projetado.

Diversos compromissos estabelecem regra própria, normalmente inserida entre as disposições finais, indicando o momento em que a relação obrigacional deixará de existir. É o que se verifica quando os pactuantes preveem que o acordo se estenderá por certo período ou quando definem a data de extinção do tratado. Em ambas as hipóteses, escoado o lapso temporal ou atingido o termo cronológico fixado, cessam os efeitos jurídicos da convenção.

Em outras ocasiões as partes estipulam que o advento de acontecimento futuro e incerto – denominado condição resolutória – provocará o término do tratado. É conhecida a prática de incluir nos tratados multilaterais dispositivo segundo o qual o pacto se extinguirá quando o número de partes for inferior a determinado limite. Se, contudo, semelhante regra não integrar o texto convencional, a mudança do número de partes não acarretará o desaparecimento do vínculo.

A vontade comum das partes é meio hábil para promover a dissolução do tratado, ainda que nada tenha sido estipulado a respeito. A deliberação de finalizar o liame obrigacional pode ser tomada a qualquer instante, pouco importando o tempo faltante para que o prazo de vigência se expire.

Esta modalidade de extinção tem lugar tanto nos tratados bilaterais

quanto nos tratados coletivos. Nestes é tarefa bastante complexa obter a concordância unânime de todos os participantes. Alega-se, por isso, a necessidade de abrandamento de tal rigorismo por intermédio do critério majoritário. A extinção dos tratados pelo assentimento da maioria, entretanto, só será possível se cláusula especial a admitir.

Deve-se, ainda, lembrar o caso comum na vida internacional em que os contratantes decidem extinguir um tratado pela conclusão de outro que regule de maneira inteiramente nova a matéria disciplinada pelo primeiro.

A vontade unilateral é igualmente causa extintiva dos tratados. A denúncia – forma pela qual ela é exercida – revela o propósito manifestado pelo Estado em se desvincular do tratado previamente celebrado.

A denúncia, diga-se de passagem, só extingue os tratados bilaterais. Nos tratados coletivos ela simplesmente proporciona o desligamento da parte denunciante.

Não obsta a denúncia a ausência de cláusula convencional que a permita. A constatação de que os tratados não são perpétuos não se coaduna com a proibição de que as partes se retirem do compromisso firmado.

O direito de denúncia, mesmo que não expressamente previsto pela convenção, poderá ser exercido desde que compatível com a natureza do tratado, como sucede com os tratados comerciais ou de cooperação técnica. Em alguns tratados, de que são exemplos os que dispõem sobre áreas fronteiriças, não se costuma aceitar a possibilidade de denúncia.

Para se evitar os inconvenientes resultantes do súbito desligamento do tratado, a Convenção de Viena exigiu que a parte interessada comunicasse a intenção de denunciar com 12 meses de antecedência. A violação desse dispositivo enseja a responsabilidade internacional do Estado.

A denúncia far-se-á necessariamente por escrito mediante carta ou notificação endereçada ao outro pactuante nos tratados bilaterais e ao depositário nas hipóteses de tratados multilaterais, o qual se incumbirá de transmitir o seu conteúdo às outras partes.

Em geral, a denúncia é efetuada em relação à globalidade do tratado. Só

será consentida denúncia parcial se as cláusulas que se pretende denunciar forem separáveis do restante do acordo não afetando a aplicação do tratado. A retratação da denúncia é cabível tão somente quando ainda não tiver produzido os efeitos jurídicos que lhe são inerentes.

Compete ao direito interno de cada país determinar o órgão encarregado de denunciar o tratado. No Brasil, a denúncia pode ser feita pelo Executivo sem autorização do Congresso Nacional.

Em terceiro lugar, os tratados são extintos pela alteração das circunstâncias que lhes deram origem. Não seria razoável que a alteração profunda da situação que marcou o seu aparecimento impusesse às partes a necessidade de cumprir as obrigações assumidas, independentemente das dificuldades que este fato provocaria.

A alteração das circunstâncias foi acolhida pela Convenção de Viena como expressão de uma regra de direito internacional costumeiro, na tentativa de evitar as conotações indesejáveis a que poderia levar a cláusula *rebus sic stantibus*. A admissão da referida causa extintiva apenas confere à parte que se julgar prejudicada o direito de pleitear o término do tratado. O acordo não expira de forma automática nem a parte pode deixar de cumprir as prestações ajustadas.

A Convenção de Viena estabelece as condições para que se possa invocar a presença de semelhante causa extintiva:

1 - a mudança das circunstâncias deve ser fundamental;

2 - a mudança deve ser imprevista;

3 - é imprescindível que ocorra alteração na base essencial do consentimento;

4 - exige-se que o efeito da mudança altere radicalmente o alcance das obrigações contratuais;

5 - a mudança nas circunstâncias só se aplica às obrigações ainda não cumpridas não atingindo as obrigações já executadas.

Importa acrescentar, ainda, que a guerra só extingue os tratados bilaterais existentes entre os beligerantes, permanecendo em vigor os tratados multilaterais de que são membros, sobretudo os de caráter

humanitário.

15. As organizações internacionais

A extraordinária proliferação das organizações internacionais constitui fenômeno recente, que afeta o relacionamento entre os países e a gestão dos interesses globais. Ela está associada às transformações da vida internacional nas últimas décadas, fator que ampliou consideravelmente o grau de interdependência entre os países e originou a necessidade de se forjar novo quadro institucional destinado a facilitar a negociação e o encaminhamento das questões que transcendem o âmbito de cada Estado.

Surgidas a partir da primeira metade do século XIX, as primeiras organizações internacionais tiveram como finalidade criar condições favoráveis para a cooperação na solução de problemas comuns a mais de um Estado, como assegurar a liberdade de navegação nos rios Reno e Danúbio. Eram, em verdade, uniões administrativas, possuindo organização incipiente, em geral restrita a uma secretaria, e não tinham objetivos políticos. O procedimento decisório interno fundava-se no princípio da unanimidade, o que muitas vezes levava à morosidade administrativa, limitando a sua eficácia.

As características que atualmente distinguem as organizações internacionais – realização de fins políticos, adoção do princípio majoritário, poder regulamentar e personalidade internacional – desenvolveram-se após o término da Primeira Guerra Mundial com a criação da Liga das Nações. O fracasso da Liga e os acontecimentos que conduziram à Segunda Guerra

Mundial trouxeram à baila, nos anos finais do conflito, a necessidade de se criar uma nova organização que pudesse garantir a paz e a segurança no plano internacional. Como resultado foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), cuja Carta Constitutiva entrou em vigor em 24 de outubro de 1945. A ONU tem como finalidades: 1) a manutenção da paz e da segurança internacional, 2) o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, com base nos princípios da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos e 3) a cooperação internacional para a solução dos problemas econômicos, sociais, culturais e humanitários, e a promoção e proteção dos direitos humanos (Artigo 1º da Carta das Nações Unidas).

No segundo pós-guerra acentuou-se de maneira vertiginosa a constituição de organizações internacionais com os mais diversos fins, que têm contribuído para elevar o nível de cooperação entre os países. Tal cooperação assume no presente importância fundamental, pois os novos temas da agenda internacional – tráfico de drogas, população e migrações, meio ambiente, direitos humanos – exigem um tratamento global e a concertação da ação dos Estados.

As organizações internacionais, especialmente a Organização das Nações Unidas e suas agências especializadas, têm desempenhado, desde a Conferência sobre o Ambiente Humano de 1972, em Estocolmo, Suécia, papel fundamental na regulação das questões ambientais. A natureza global dos problemas ambientais passou a exigir dos Estados a elaboração de modelos jurídicos mais efetivos e flexíveis para lidar com a complexidade dos interesses envolvidos.

As organizações internacionais assumiram a função de coordenar, supervisionar e até mesmo implementar os tratados internacionais celebrados nesse domínio. Esta nova forma de conceber o fenômeno regulatório acentuou a importância do aspecto preventivo na solução das disputas ambientais, facilitando a participação dos grupos de interesses e das organizações não governamentais como elementos de pressão para que os Estados cumpram os compromissos assumidos.

Para levar a efeito as tarefas que lhes foram atribuídas, as organizações

internacionais coordenam a coleta de informações, recebem relatórios dos Estados informando a respeito do estágio de execução dos objetivos dos tratados, fiscalizam a consecução das metas previstas, atuam como foros para a revisão das obrigações acordadas e acompanham a negociação de novos acordos e convenções. A elaboração de relatórios periódicos possibilita avaliar com maior precisão o grau de cumprimento dos tratados. Além dos relatórios apresentados, as organizações internacionais poderão obter, independentemente dos governos, informações técnicas e científicas relacionadas à execução do acordo. As organizações internacionais podem ainda realizar inspeções com a finalidade de verificar a obediência e o cumprimento das regras convencionais.

Diferentes tratados, entre os quais podem ser lembrados a Convenção e o Protocolo Relativos ao Problema do Ozônio, a Convenção Internacional para a Regulação da Pesca da Baleia, a Convenção de Basileia sobre o Controle dos Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e a Convenção sobre o Clima, contemplaram mecanismos que estabelecem novas formas de regular os interesses globais.

A função de coordenar e supervisionar a execução dos tratados enfatiza a busca de soluções para os conflitos mediante o equilíbrio dos interesses divergentes. Este método é profundamente diferente dos procedimentos tradicionais de resolução das controvérsias no plano internacional. Os meios clássicos de solução de disputas repousam no instituto da responsabilidade dos Estados, que enseja a reparação dos danos causados em virtude da violação do direito internacional. Tal sistema de solução de controvérsias, de caráter essencialmente bilateral, é incompatível com a dimensão multilateral dos problemas ambientais, que salienta o papel da cooperação como fator primordial para assegurar a eficácia das regras adotadas.

As organizações internacionais revelam-se assim como estruturas institucionais que permitem aos Estados enfrentar problemas comuns, que não podem ser equacionados por meio de negociações bilaterais. Elas favorecem a busca de respostas viáveis aos problemas gerados pela interdependência econômica e ecológica entre os Estados.

As organizações internacionais cumprem, ademais, diferentes funções na vida internacional. Entre as mais significativas podem ser lembradas:

a) influenciar as decisões dos Estados;

b) instituir mecanismos de resolução dos conflitos;

c) prever um procedimento para a tomada de decisões;

d) criar a presunção de legitimidade em relação às decisões tomadas;

e) aumentar o poder dos países em desenvolvimento nas negociações internacionais.

As organizações internacionais são criadas por tratados ou convenções, que geralmente estabelecem sua organização e finalidades. São constituídas por sujeitos de direito internacional público – Estados ou organizações internacionais – que recebem o *status* jurídico de membros quando nelas ingressam.

Além dos membros ordinários, certas organizações especializadas, como ocorre no âmbito das Nações Unidas, possuem a categoria de membros associados. Nessa modalidade figuram territórios coloniais ou sob tutela, que não têm personalidade internacional plena, estando por isso impedidos de participar como membros ordinários. Os membros associados podem participar das decisões nas assembleias ou conferências, apresentar propostas nos comitês regionais, mas não podem ser eleitos para os órgãos centrais.

A composição das organizações internacionais não permanece inalterada ao longo do tempo. Estados que originariamente foram signatários do tratado constitutivo poderão desligar-se da organização, assim como Estados que dela não faziam parte poderão vir a tornar-se membros.

Possuem personalidade jurídica internacional distinta da dos seus membros, ou seja, elas podem contrair direitos e obrigações, celebrar tratados ou praticar quaisquer atos necessários para a realização dos fins que motivaram a sua criação. A personalidade jurídica é adquirida no instante em que a organização começa efetivamente a funcionar. Apesar de terem um perfil institucional variado, as organizações internacionais são dotadas

de órgãos permanentes encarregados de realizar os objetivos que constam do tratado constitutivo. Visam proporcionar a formação da vontade coletiva da organização, que se distingue no plano jurídico da de seus membros individualmente considerados. Contêm, via de regra, um órgão executivo no qual apenas alguns Estados estão representados, a Assembleia Geral, que admite a participação de todos os membros e o Secretariado, que cuida dos assuntos administrativos da organização. É possível a criação de órgãos subsidiários, que não foram originariamente previstos, para atender a exigências novas que desafiam a imaginação criadora e a capacidade administrativa dos seus membros. A existência de órgãos criados para o atendimento de fins específicos confere-lhe estabilidade e permanência, pois eles estão em condições de exercer os seus poderes, ainda que este fato não venha a acontecer.

As organizações internacionais são responsáveis pelos atos que praticam. A responsabilidade em causa existe não apenas perante os demais sujeitos internacionais, mas também em relação aos seus próprios funcionários. Os Estados-membros deverão efetuar o pagamento de eventuais indenizações a que for condenada a organização. Não se costuma aceitar o direito de retirada dos membros das organizações internacionais por tempo indeterminado. Este direito existirá somente se o tratado constitutivo assim admitir. Nas organizações internacionais por tempo determinado, o tratado institutivo pode prever tal direito sem estabelecer o prazo para que a denúncia produza o seu efeito, como acontece com o tratado que criou o FMI. Em outros casos, é lícito estabelecer que a denúncia somente produzirá efeitos após haver decorrido certo prazo de entrada em vigor do tratado.

As organizações internacionais atuam de diversas maneiras para realizar os seus objetivos. Desenvolvem uma atividade composta por atos materiais e jurídicos que se encontram unificados pela existência de um fim comum.

Os atos jurídicos das organizações internacionais, assim entendidos os que se destinam a criar direitos e obrigações internacionais, podem ser classificados segundo vários critérios. De acordo com o papel representado pela vontade em sua formação, classificam-se em unilaterais e contratuais

ou convencionais. Estes últimos requerem a participação de sujeitos distintos da organização. É o que acontece com os contratos celebrados com agentes internacionais para a prestação de serviços, que são regulados pelo direito interno de cada organização. Já os contratos concluídos para aquisição de mobiliário ou construção de edifícios são, em princípio, regulados pelo direito dos Estados em que foram celebrados.

Conforme a sua estrutura os atos podem ser simples ou complexos. Enquanto os atos simples contêm a participação de apenas um órgão, os atos complexos exigem a presença de declarações de vontade de dois ou mais órgãos. A admissão de um Estado-membro na ONU é da competência da Assembleia Geral, mas somente pode ser efetuada por recomendação do Conselho de Segurança. A decisão da Assembleia Geral necessita, como requisito prévio para a sua validade, da manifestação do Conselho de Segurança recomendando a admissão do Estado postulante. A análise a seguir concentrar-se-á nos atos unilaterais das organizações internacionais devido ao seu especial significado para a vida internacional.

Os atos unilaterais das organizações internacionais assumem importância crescente em nossos dias a ponto de se constituírem em fontes do direito internacional. O art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, elaborado numa época em que as organizações internacionais não apresentavam a relevância que desfrutam hoje, não incluía estes atos entre as fontes do direito internacional. A doutrina e a jurisprudência, não obstante, concordam que eles deverão figurar no rol das fontes do direito internacional por ocasião da reforma do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

A quase totalidade das organizações internacionais tem a capacidade de produzir normas jurídicas no plano internacional. Esta competência normativa, que expressamente resulta do tratado que as instituiu, manifesta-se tanto no âmbito interno das organizações por intermédio da criação de normas que regulem o funcionamento dos seus órgãos, quanto no plano externo mediante a produção de normas dirigidas a outros sujeitos de direito internacional, sejam eles Estados-membros ou não membros da

organização.

A competência normativa interna tem como finalidade adaptar a estrutura e funcionamento da instituição às exigências particulares de sua atividade. Os órgãos que a compõem podem sentir a necessidade de estabelecer as regras que acaso não se encontre no tratado constitutivo ou que por qualquer razão permaneçam imprecisas. Trata-se, por exemplo, de prever o *quorum* de votação, a possibilidade de outorgar o estatuto de observador a outro Estado ou grupo ou de indicar as medidas relativas ao reconhecimento dos plenos poderes dos representantes dos Estados. A competência normativa interna revela-se no poder de adotar decisões em matéria financeira, elaboração do orçamento, e na criação das normas que disciplinam o funcionamento dos órgãos da instituição. Ela é exercida por meio de regulamentos internos, instruções ou recomendações interorgânicas.

Os regulamentos internos estabelecem as normas de funcionamento de cada órgão das organizações internacionais. É usual determinar o tratado constitutivo que as organizações terão o poder de auto-organizar-se, cabendo-lhes regular as suas atividades. O art. 30, número 1 do Estatuto do TLJ, estabelece que: "A Corte formulará um regulamento mediante o qual determinará a maneira de exercer as suas funções".

As instruções, por sua vez, são atos obrigatórios que vinculam certos órgãos em virtude da posição de subordinação que os caracteriza. Nos termos do art. 60 da carta da ONU as instruções emanadas da Assembleia Geral têm caráter vinculante para o Conselho Econômico e Social.

Já as recomendações são exortações dirigidas por um órgão a outro da mesma organização, sem qualquer força obrigatória. O art. 10 da Carta das Nações Unidas prevê a possibilidade de a Assembleia Geral fazer recomendações ao Conselho de Segurança sobre assuntos ou questões de sua competência.

Em certas hipóteses, a prática de alguns atos depende da proposta feita por outro órgão. A indicação do secretário-geral das Nações Unidas é feita pela Assembleia Geral por recomendação do Conselho de Segurança.

A competência normativa externa das organizações internacionais consiste na atividade destinada a impor direitos e obrigações aos Estados-membros e, em situações limitadas, aos Estados não-membros. Os atos pelos quais ela se expressa são conhecidos sob a denominação de resoluções, recomendações e atos preparatórios de tratados e outros instrumentos internacionais.

A terminologia empregada é bastante imprecisa, exigindo, por isso, a análise casuística dos atos em causa para que se possa indicar a extensão dos seus efeitos. A jurisprudência internacional tem, nesse sentido, papel decisivo na ampliação do grau de certeza nessa matéria.

Em 21 de junho de 1971, a Corte Internacional de Justiça pronunciou-se sobre o alcance da Resolução 276 do Conselho de Segurança referente à presença sul-africana na Namíbia. Na oportunidade, a Corte decidiu que o art. 24 da Carta da ONU conferiu ao Conselho de Segurança competência para adotar referida medida, concluindo que somente a análise minuciosa permite saber se as resoluções do Conselho de Segurança têm caráter obrigatório ou se devem ser consideradas como simples recomendações. Segundo o parecer da Corte a Resolução 276 é obrigatória para todos os membros das Nações Unidas. Mas a declaração de ilegalidade da presença sul-africana na Namíbia, objeto da mencionada resolução, é oponível a todos os Estados, inclusive os que não fazem parte da ONU.

Nem por isso se deve considerar que todas as decisões da ONU vinculam indistintamente a comunidade internacional. As decisões da ONU somente obrigam os Estados que dela fazem parte quando se trata da manutenção da paz e da segurança no plano internacional. Dada a indivisibilidade da paz e o caráter coletivo da segurança no plano internacional, o fato de pertencer ou não aos quadros da ONU é irrelevante em matérias que dizem respeito à sobrevivência de toda a humanidade.

A interpretação do alcance jurídico de qualquer resolução ou recomendação deverá fundar-se na análise do texto e contexto que marcou o seu aparecimento, condições de elaboração, trabalhos preparatórios, práticas ulteriores dos Estados e mecanismos de controle.

Apesar da imprecisão terminológica, a Carta das Nações Unidas estabelece que as decisões do Conselho de Segurança terão valor obrigatório quando:

1 - restituírem direitos e privilégios de um dos membros das Nações Unidas que haja sido suspenso;

2 - adotarem decisões destinadas à manutenção da paz e ao seu restabelecimento segundo os arts. 30 e 48;

3 - impuserem medidas para executar os julgados do TIJ (art. 94, número 2). A Assembleia Geral pode tomar decisões de caráter obrigatório quando se tratar da admissão de novo membro e nos casos de suspensão ou exclusão de qualquer Estado.

As recomendações não têm, via de regra, força vinculante no plano internacional. Mas o tratado constitutivo das organizações internacionais pode impor aos Estados-membros algumas obrigações, geralmente de natureza procedimental em relação às recomendações que lhes são dirigidas. É possível prever que os Estados-membros submeterão as recomendações ou convenções às autoridades competentes a partir do encerramento da conferência na qual foram aprovadas. A recomendação será, também, obrigatória nas situações em que o Estado se compromete unilateral ou convencionalmente a cumpri-la.

A competência normativa externa tem significado particular na preparação de tratados e outros instrumentos internacionais. Cuida-se, nesse caso, da convocação de uma conferência internacional especial sobre determinada matéria ou da adoção direta do tratado pela organização internacional. Como exemplo da primeira hipótese podem ser lembradas a Conferência das Nações Unidas que elaborou a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 e as Conferências de Viena sobre Relações Diplomáticas, 1961, e sobre Direito dos Tratados, 1968, 1969.

As resoluções emanadas pelas organizações internacionais cumprem duas funções importantes na elaboração do direito internacional. Elas contribuem, em primeiro lugar, para acelerar o processo de criação das normas costumeiras. Cada vez mais o costume surge como o produto da

ação coletiva dos Estados no interior das organizações internacionais.

A emergência do costume é extraordinariamente facilitada pela existência de resoluções e recomendações que indicam a tomada de posição da organização internacional sobre alguma matéria considerada importante. Como se não bastasse é mais fácil de provar a ocorrência do costume à proporção que se amplia o grau de visibilidade da prática dos Estados na esfera internacional.

A origem da noção de zona econômica exclusiva segundo a qual os Estados costeiros disporiam de uma extensão de espaço marítimo de 200 milhas ao largo da costa remonta ao início dos anos 70, após a adoção de resoluções nesse sentido por organizações internacionais africanas e latino-americanas. A partir de então os Estados marítimos introduziram nos seus sistemas jurídicos internos o conceito de zona econômica exclusiva antes mesmo que a Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar se pronunciasse a respeito. Como resultado, em pouco tempo a zona econômica exclusiva converteu-se em instituição costumeira de direito internacional.

Em segundo lugar, as resoluções internacionais têm o caráter de verdadeiros programas de ação indicando a orientação futura do direito internacional sobre diversas questões. Elas buscam antecipar a regulamentação em determinadas áreas em resposta à emergência de novos valores na cena internacional. O princípio consistente na concessão de preferências comerciais aos países em vias de desenvolvimento foi um programa de ação antes de receber consagração pelo direito positivo.

A ocorrência de duas guerras mundiais com efeitos devastadores para muitas partes do globo explica a necessidade de alterar a natureza e o processo de governança do sistema internacional. A restrição ao uso da força, a previsão de meios pacíficos para a solução das controvérsias e o reconhecimento da interdependência entre os Estados representavam aspirações incontornáveis delimitando o conjunto de problemas a ser enfrentado. A criação da ONU, em 1945, coroa o esforço de aprimoramento da regulação internacional com vistas a superar as debilidades que haviam

impregnado a Liga das Nações.

Instituída pela Conferência de Paz que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, em 28 de abril de 1919, a Liga visava garantir a paz e a segurança, além de promover a cooperação econômica, social e humanitária entre seus membros. O modelo que a inspirou foi o concerto europeu do século XIX, organizado em torno de conferências regulares, e os ideais do presidente norte-americano Woodrow Wilson sobre a gestão do sistema internacional. A Liga consagrou mecanismos próprios para a solução dos conflitos, assegurando ainda as condições para a manutenção do *status quo*. Ela mostrou-se, entretanto, incapaz de evitar a deflagração da Segunda Guerra Mundial.

Nos anos 30, conturbados por crises sucessivas, as fraquezas da Sociedade das Nações (SDN) já se haviam tornado patentes. O ressurgimento do nacionalismo, o fracasso dos esquemas de proteção às minorias, a excessiva burocratização, a ineficiência do sistema punitivo e a paralisia decisória, dada a exigência de consenso para a tomada de decisões, retratam as fragilidades de uma entidade balcanizada, que trai os propósitos que lhe deram origem.

A Carta da ONU, no afã de eliminar as incongruências e imperfeições da Liga, engendrou um novo modelo regulatório, fundado na soberania estatal, na restrição ao uso da força, na solução pacífica dos litígios e no respeito aos cidadãos que vivem no interior das fronteiras nacionais. O direito internacional, instrumento do modelo regulatório adotado, inicia um período de grandes mudanças que irão culminar nas transformações desencadeadas pelo advento da globalização. As consequências destas transformações atingiram os sujeitos e o escopo do direito internacional.

O positivismo do século XIX considerava os Estados os únicos sujeitos do direito internacional. Vários documentos internacionais, porém, reconhecem ao indivíduo, desde 1945, a qualidade de sujeito do direito internacional. Os mais notáveis são os estatutos dos Tribunais de Nurembergue e de Tóquio, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966

e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950. Concomitantemente, a condição de sujeito de direito internacional estende-se às organizações internacionais e, em medida limitada, pode ser estendida às organizações não governamentais e às empresas transnacionais. Enquanto Wilfred Jenks vislumbra, neste processo, a emergência de um direito comum da espécie humana, Philip Jessup põe em relevo a transição do direito internacional para o direito transnacional, que disciplina todas as ações e eventos que transcendem as fronteiras, incluindo o comportamento dos Estados, dos indivíduos e das organizações internacionais.

O escopo do direito internacional, de maneira similar, tende também a se modificar. Ao longo dos séculos o direito internacional cuidou, primordialmente, das questões políticas e estratégicas. A partir da Segunda Guerra Mundial, contudo, os temas econômicos, sociais e ambientais ingressaram na pauta das discussões diplomáticas, constituindo aspecto central de toda regulação.

A especialização temática impeliu a diferenciação funcional, comprovada por organismos que atuam em áreas específicas: o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (Ecosoc), a Organização Mundial do Comércio, no plano econômico, a Organização Mundial da Saúde, a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), a União Internacional de Telecomunicações e a Organização Internacional da Aviação Civil, no campo social, e a Organização das Nações Unidas para a Proteção do Meio Ambiente (Unep), em matéria ambiental.

Essa mudança é descrita ora como a passagem do direito internacional de liberdade para o direito internacional do bem-estar, ora como a substituição do direito internacional de coexistência pelo direito internacional de cooperação. De qualquer modo, a nota dominante, em ambas as hipóteses, é ressaltar o efeito que a formação de novos Estados, a intervenção governamental na economia e o aparecimento de temas inéditos tiveram para o direito internacional, cuja elaboração era monopolizada por pequeno número de nações europeias voltadas

exclusivamente para a defesa dos seus interesses.

O processo de governança internacional posto em prática pela Carta das Nações Unidas apresenta as seguintes características:

1. A comunidade internacional compõe-se de Estados soberanos unidos por denso sistema de relações institucionalizadas. Os indivíduos e coletividades são considerados sujeitos de direito internacional, mesmo que desempenhando papéis limitados.
2. As pessoas oprimidas por potências coloniais, regimes racistas e governos estrangeiros têm direito de exprimir livremente os seus interesses.
3. Alastra-se a aceitação de *standards* e valores que se opõem ao princípio da efetividade do poder.
4. O direito internacional é renovado por novos procedimentos, regras e instituições.
5. Princípios jurídicos inovadores orientam os membros da comunidade internacional permitindo o estabelecimento de direitos anteriormente inexistentes. Atenção especial é concedida ao tema dos direitos humanos, razão pela qual proliferam regras que compelem os Estados a respeitar direitos fundamentais.
6. A preservação da paz, a promoção dos direitos humanos e a busca da justiça social são prioridades da coletividade de Estados.
7. As desigualdades interindividuais e interestatais dão origem à proposição de novas formas de governança da apropriação e distribuição dos recursos naturais e dos territórios.

Os fundadores da ONU revelaram sabedoria e realismo ao enquadrá-la na estrutura do sistema internacional do segundo pós-guerra. Ela é uma organização intergovernamental, composta por Estados independentes, que pretendem realizar certos fins, dos quais os mais importantes são a preservação da paz e da segurança.

As diferenças de poder manifestam-se na estrutura institucional da ONU: a igualdade entre os Estados na Assembleia Geral contrasta com a desigualdade nas deliberações do Conselho de Segurança, pois os membros

permanentes gozam do direito de veto e têm responsabilidade ampliada na manutenção da ordem e da estabilidade. Com isso tentava-se impedir tanto o esvaziamento da instituição com a retirada das potências que discordassem das decisões tomadas, quanto à paralisia decisória, que havia ferido mortalmente a SDN quando da imposição de sanções aos Estados infratores. O conceito de segurança coletiva, alicerce do sistema, ganha, assim, maior probabilidade de aplicação concreta.

A ONU é, na verdade, a expressão das limitações e potencialidades da sociedade internacional das últimas décadas. O papel que exerce não é fácil de ser corretamente avaliado.

As organizações internacionais podem exercer múltiplos papéis conforme a diversidade das tarefas a que se dedicam. Os insucessos em um setor ocultam, muitas vezes, os avanços ocorridos em outros. A incapacidade da Liga das Nações em manter a paz e a segurança no período entre guerras frequentemente obscurece os progressos que patrocinou no âmbito das relações de trabalho.

Não é incomum, também, que o papel previsto na Carta constitutiva da organização não coincida com aquele por ela realmente exercido. Muitos conflitos que ameaçaram a paz mundial durante a Guerra Fria, envolvendo os EUA e a URSS, Israel e os países árabes, os Estados da Europa Ocidental e as nações do Leste Europeu, além dos contenciosos fronteiriços protagonizados pela República Popular da China, foram tratados sem a intervenção da ONU, embora muitas vezes com o concurso dela. Em outras situações, porém, cujo significado político era muito menor, a ONU teve papel relevante, como aconteceu nos conflitos do subcontinente indiano e no tratamento dispensado à África do Sul e à Rodésia.

Com o desaparecimento do mundo bipolar abriu-se nova perspectiva para a ação da ONU. A cooperação entre as grandes potências, imprescindível para garantir a paz e a estabilidade, foi bem sucedida por ocasião da Guerra do Golfo, mas não se repetiu quando algum interesse dos membros efetivos do Conselho de Segurança poderia ser afetado.

Uma das funções mais significativas da ONU tem sido estabelecer as

regras e formular os princípios que devem informar a ordem internacional. Esta tarefa é decisiva para facilitar a comunicação, o desenvolvimento e a consolidação de valores compartilhados na sociedade internacional. A Carta da ONU, que caminha no sentido da constitucionalização das relações internacionais, contém regras primárias, que regulam os comportamentos e traçam o domínio do lícito e do ilícito, e regras secundárias, que viabilizam a mudança ao introduzir procedimentos para a criação de outras normas. Sem ser uma Constituição completa e minuciosa, dotada de prescrições para todos os problemas, ela é um verdadeiro contrato social internacional, dinâmico e aberto, que combina o desejo de estabilidade com a necessidade de mudança.

A ONU contribui, ademais, para estabelecer a agenda internacional, estimulando e mesmo condicionando a proposição de novas demandas. As lutas em prol dos direitos humanos em muitos lugares revelam, em larga medida, empenho da ONU nesse setor. Os tratados celebrados sob os auspícios das Nações Unidas, nessa matéria, incentivaram a formação de movimentos de proteção dos direitos humanos, que elevam a pressão internacional sobre os governos.

A Carta da ONU codificou grande número de princípios, entre os quais importa mencionar a igualdade soberana, a integridade territorial, a independência dos Estados, a autodeterminação, a não intervenção nos assuntos internos, exceto nas hipóteses previstas no Capítulo VII, a solução pacífica das controvérsias, a abstenção da ameaça ou do uso da força, o cumprimento, de boa-fé, das obrigações internacionais, a cooperação internacional e a promoção dos direitos humanos. A experiência demonstra não apenas a aplicação desigual dos princípios em situações análogas, mas também a tentativa de aplicar os mesmos princípios a situações diferentes.

Pertence à natureza das organizações universais desenvolver e aplicar princípios comuns, porém a tendência de universalização é continuamente confrontada com a diversidade de percepções sobre os problemas a resolver. Os países desenvolvidos e em desenvolvimento não raro divergem sobre os limites de emissão de dióxido de carbono na atmosfera, ao passo

que os Estados seculares e teocráticos discordam acerca da adoção de medidas para implementar o controle demográfico ou os direitos da mulher. A ONU previu exceções que permitem a aplicação dos princípios gerais aos países em desenvolvimento.

As Nações Unidas têm tido dificuldade em enunciar princípios eficazes para enfrentar a divisão básica da vida internacional dos nossos dias: aquela que separa as sociedades afluentes do Norte das sociedades pobres do Sul. Atenta para o fato de que a paz e o desenvolvimento estão indissoluvelmente ligados, a Carta da ONU pôs grande ênfase na obtenção do progresso econômico e social.

Na década de 1970 a Assembleia Geral, dominada pelos Estados recém-independentes, foi palco privilegiado das discussões em torno da nova ordem econômica internacional. O Conselho de Segurança voltou a ocupar-se, nos anos 90, após grande período de silêncio, da conexão entre paz e desenvolvimento, sem alcançar resultados práticos substanciais.

O debate sobre desenvolvimento e proteção do meio ambiente salientou a defesa do desenvolvimento sustentável, sem que houvesse comprometimento efetivo com as metas acordadas nos documentos internacionais. Se for verdade que a cooperação internacional é ainda insatisfatória neste terreno, é inegável que a ação da ONU concorreu para melhorar a compreensão geral do problema. A ONU tem também a função de conferir legitimidade a doutrinas, ideias, organizações não governamentais e aos Estados desejosos de ingressar na comunidade internacional. O repúdio ao colonialismo e a reivindicação de que os fundos marinhos e o espaço exterior sejam considerados patrimônios comuns da humanidade receberam formidável impulso graças ao endosso das Nações Unidas.

A ONU forneceu um espaço político para as organizações não governamentais, especialmente no campo dos direitos humanos e da proteção do meio ambiente. Ela tem sido um foro no qual os grupos não estatais articulam demandas e perseguem interesses. Ao admitir um Estado, ela reconhece a sua existência e o aceita como membro pleno da

comunidade internacional. Desde os anos 80, a ONU vem monitorando a realização de eleições livres em diversos países independentes, como a Nicarágua, Haiti, El Salvador, Angola, Camboja e Moçambique. A presença de observadores internacionais é indício de legitimidade do processo eleitoral nesses países.

A ONU contabiliza resultados positivos no aumento da conscientização sobre número apreciável de questões, que vão da discriminação racial à prática de tortura, do analfabetismo à erradicação da pobreza, dos fluxos de refugiados à preservação da herança cultural.

A ordem internacional delineada na Carta das Nações Unidas é – guardadas as devidas proporções –, continuação da ordem internacional de Westfalia. Mas a inclusão dos direitos humanos entre os fins da ONU de certa forma subverte o princípio de organização das relações internacionais vigente desde a Paz de Westfalia, ou seja, o princípio de que a sociedade internacional é uma sociedade de Estados. Com a internacionalização dos direitos humanos, osdireitos dos indivíduos estão acima dos direitos dos Estados e independem do *status* de cidadão de um Estado particular. A consequência deste fato é a ameaça à posição do Estado soberano, que desfruta do direito de comandar e de exigir obediência dos cidadãos e, como não poderia deixar de ser, da própria sociedade de Estados. É nítido o confronto entre dois princípios opostos de organização das relações internacionais: o princípio da sociedade de Estados e o princípio alternativo da comunidade cosmopolita. Cabe ao futuro determinar qual deles irá prevalecer.

16. O Mercosul e a União Europeia

O ressurgimento do regionalismo é um dos traços mais relevantes da política internacional desde o fim da Guerra Fria. Redes de cooperação e interdependência, traduzindo formas mais estreitas de solidariedade, espalharam-se em todos os continentes. Nem sempre os vínculos criados resultam de acordos formais celebrados pelos Estados. Muitas vezes, a intensificação dos fluxos comerciais, o aumento dos investimentos privados em países vizinhos e a crescente circulação de pessoas acabaram por conformar novas áreas de integração que se sobrepõem às fronteiras nacionais. Esboça-se, assim, um regionalismo natural, ativado pelos atores privados, que remodela os espaços fronteiriços, imprimindo-lhes vigor e dinâmica peculiares.

O regionalismo do final do século XX é produto de dois fatores conjugados: a descentralização causada pela ruptura do equilíbrio bipolar inerente à Guerra Fria e o incontido avanço da globalização. Os governos buscaram com a integração diminuir os efeitos negativos da instabilidade política e econômica da vida internacional, pretendendo, ao mesmo tempo, obter participação mais vantajosa nos benefícios da globalização. Antes disso, porém, a descolonização já havia estimulado o regionalismo em várias partes do mundo. Os países recém-independentes da África cooperaram para pôr em prática iniciativas que mais tarde seriam defendidas em foros mais amplos.

A diversidade parece ser a marca indelével do regionalismo atual. Afora o regionalismo natural, esquemas organizacionais diferentes favorecem a colaboração interestatal em numerosas áreas. Razões políticas e imperativos econômicos tornam necessários, com frequência, coordenar posições nos foros regionais de negociação e unir esforços para promover objetivos comuns. Sem a aproximação entre os governos não é possível superar os problemas e resolver os contenciosos que a interdependência inevitavelmente provoca. Enquanto o regionalismo econômico dilata a extensão do mercado e melhora a inserção internacional dos participantes, o regionalismo político ocupa-se, via de regra, de temas cruciais para a segurança regional. O estabelecimento de medidas de institucionalização da confiança e a negociação de acordos regionais de segurança reduzem os riscos de instabilidade, eliminando as fontes de conflito. A diferença entre regionalismo econômico e regionalismo político tende, em geral, a esfumar-se, já que a integração econômica contribui para pôr termo a eventuais animosidades e a coordenação política cria condições para elevar o intercâmbio econômico.

O novo regionalismo tem quatro características principais:

1. a reunião de países desenvolvidos e em desenvolvimento;
2. a enorme discrepância da institucionalização com muitos agrupamentos regionais procurando, deliberadamente, evitar as estruturas burocráticas das organizações internacionais clássicas;
3. a multidimensionalidade, sendo cada vez mais difícil distinguir entre o regionalismo político e o regionalismo econômico;
4. o fortalecimento da identidade regional e do sentimento de que o indivíduo pertence a uma comunidade mais ampla.

A contiguidade geográfica é requisito essencial para acentuar a especificidade do regionalismo que, ora descreve os vínculos de interdependência entre nações geograficamente próximas, ora prescreve a forma de organizar as relações internacionais. A proximidade geográfica é condição necessária, mas não suficiente para explicar o regionalismo. As regiões, assim como as nações, são socialmente construídas privilegiando,

por isso, certos aspectos da realidade. Elas são, nesse sentido, comunidades imaginadas, que refletem mapas mentais previamente elaborados. A história, a cultura e a religião são elementos imprescindíveis para forjar a consciência regional. Andrew Hurrel observa que as regiões costumam ser definidas em contraposição a um outro externo, que pode ser visto como ameaça política (o nacionalismo latino-americano definido em contraposição à hegemonia norte-americana), ou um desafio cultural proveniente do exterior (a longa tradição pela qual se definiu a Europa em contraposição ao mundo não europeu, principalmente o mundo islâmico).

A integração econômica, expressão viva do novo regionalismo, exprime-se na variada tipologia dos acordos regionais de comércio. O processo de integração entre as economias passa, normalmente, por quatro etapas. Inicia-se com a área de livre-comércio e termina com a união monetária. O nível de complexidade determina as várias fases da integração. Na área de livre-comércio, o estágio mais simples do processo de integração, as barreiras tarifárias e não tarifárias são abolidas. Na união aduaneira a adoção da tarifa externa comum uniformiza o tratamento dispensado aos países que dela não fazem parte. No mercado comum os fatores de produção circulam livremente. Na união monetária a integração atinge o apogeu com a criação de uma moeda única e de um banco central para gerir a política monetária. A rigidez dessa classificação é, às vezes, subvertida por esquemas que reúnem elementos pertencentes a estágios distintos de integração, como ocorre com o projeto da Alca. O aprofundamento da institucionalização não é, contudo, garantia de eficácia e não há indicação segura de que toda integração deva repetir o exemplo europeu.

Globalização e regionalismo são, em princípio, processos complementares, não obstante apresentem lógicas próprias e atores diferentes. Fenômeno social complexo e contraditório, que alonga as relações sociais ao redor do mundo, a globalização tem aspectos políticos e culturais inegáveis, apesar da predominância atribuída à dimensão econômica. O aparecimento de temas que se reportam à indivisibilidade do globo e o novo cosmopolitismo, presente nos grupos de interesse que se

ramificam em escala transnacional, são indícios reveladores de que a sociedade civil se estrutura agora sem os limites impostos pelas fronteiras nacionais. A globalização econômica expande-se pela ação das empresas multinacionais, que convertem o mundo em teatro único para as relações de troca. Já a formação de acordos regionais de comércio funda-se no comportamento dos Estados que concordam em restringir parte da liberdade de ação que possuem em troca da possibilidade de influir nas atitudes de outros governos e participar da gestão de problemas comuns.

A globalização econômica propicia a formação de acordos regionais de comércio como meio de ampliar os benefícios da interpenetração dos mercados e atenuar o impacto da competição externa.

Globalização e regionalismo econômico vinculam-se, ainda, em outros importantes aspectos. A interdependência que a globalização promove originou o sistema multilateral de comércio, corporificado em um sistema de regras que determinam as condutas lícitas e o modo de resolução dos conflitos. Os acordos regionais de comércio devem ser compatíveis com as regras multilaterais administradas pela OMC. A finalidade é impedir o desvio de comércio com a elevação das tarifas acima dos níveis anteriormente praticados. Por outro lado, o regionalismo aberto auxilia a dinamizar a economia global. A criação de acordos regionais de comércio modifica o relacionamento econômico com os países que não pertencem ao bloco. A eliminação das barreiras comerciais eleva substancialmente os fluxos econômicos no interior da região, podendo acarretar dificuldades para as exportações efetuadas pelos demais países. O Mercosul, como manifestação do regionalismo aberto, está em harmonia com as regras da OMC, mas a política agrícola comum, no caso da Comunidade Europeia, importa em desvio de comércio, com grave dano para o sistema multilateral.

A integração econômica transforma assuntos domésticos em temas de interesse regional. A necessidade de harmonizar as regras em diversos setores limita a liberdade que as autoridades nacionais desfrutavam em matéria comercial. A elaboração de normas comuns gera, frequentemente, dificuldades de legitimação do sistema de poder. Os segmentos afetados

com as medidas que repercutem no emprego ou que redundam em perda de mercado opõem-se vigorosamente à integração pretendida. No momento em que a região passa a ser o eixo em torno do qual inúmeras questões são decididas, os governos nacionais perdem autonomia reduzindo-se a dimensão do espaço regulatório interno. A internacionalização da agenda doméstica evidencia a porosidade existente entre o interno e o externo, que transparece nas conexões transfronteiriças dos movimentos sociais e na articulação temática que os vinculam. A cena política é recortada por pólos de poder com capacidade de mobilização, estrutura burocrática e perfil institucional distintos que interagem continuamente, formando um espaço social complexo e altamente movediço.

As tentativas de integração econômica na América Latina remontam ao final dos anos 50, quando os estudos da Cepal indicavam a diminuição do intercâmbio comercial entre os países da região. A integração econômica foi então recomendada como meio capaz de permitir a formação de mercados mais abrangentes e dinâmicos, que facilitariam o processo de substituição das importações.

Sob esta ótica, 11 países celebraram, em 18 de fevereiro de 1960, com base em um projeto elaborado por técnicos da Cepal, o Tratado de Montevidéu, que criou a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (Alalc), cuja sede funcionou na capital do Uruguai. O objetivo era instituir uma zona de livre comércio, no prazo de doze anos, que ampliaria as trocas econômicas incentivando o desenvolvimento industrial. Desde o início, o governo norte-americano condenou a criação da Alalc, salientando que o comércio no continente deveria apoiar-se nos esquemas bilaterais.

Apesar de não alcançar o resultado almejado, a criação de uma zona de livre comércio, a Alalc teve méritos incontestáveis. Em 1977, o volume do comércio regional atingiu 14,1%, o dobro em relação à taxa registrada em 1962.

Na primeira fase de sua existência, de 1960 a 1969, ocorreu a maior parte das 12.000 concessões outorgadas em Listas Nacionais. Já na segunda fase,

que cobre o período de 1970 a 1980, faltou o empenho efetivo dos governos com vistas a aumentar o número das concessões obtidas. Para eliminar o risco de extinção iminente foi firmado, em 1972, um protocolo prorrogando o período de transição previsto pelo Tratado de Montevidéu até 31 de dezembro de 1980.

Fiel ao espírito integracionista, a Bolívia, o Chile, a Colômbia, o Equador e o Peru concluíram, em 1969, o Tratado de Cartagena, que originou o Pacto Andino. A Venezuela aderiu ao Tratado de Cartagena em 1973, três anos antes da retirada do Chile, verificada em 1976.

Com o propósito de corrigir as imperfeições da Alalc e aprofundar o nível de integração econômica, os 11 Estados-partes deliberaram criar a Associação Latino-Americana de Integração (Aladi), prevista no segundo Tratado de Montevidéu, celebrado em 12 de agosto de 1980. Não se pretendia, agora, fixar prazos rigorosos para a constituição da área de livre comércio. Acreditava-se que o estabelecimento de uma área de preferências desembocaria, inevitavelmente, na formação de um mercado comum latino-americano.

A área de preferências compõe-se de três mecanismos: a Preferência Aduaneira Zonal, os Acordos de Alcance Regional e os Acordos de Alcance Parcial. Enquanto os Acordos de Alcance Regional visavam suprimir as medidas administrativas que restringiam o comércio, os Acordos de Alcance Parcial (AAP) objetivavam estimular a integração removendo os demais obstáculos que impediam os fluxos comerciais. Os Acordos de Alcance Parcial contavam com a participação somente de alguns Estados havendo a expectativa de que, com o decurso do tempo, os benefícios auferidos viessem a suscitar o interesse dos demais. Entre os mais importantes estão os Acordos de Complementação Econômica, os Acordos Agropecuários e os Acordos de Promoção do Comércio.

As discussões sobre o Mercosul têm enfatizado, quase exclusivamente, o papel econômico que a criação do Mercado Comum terá para os países da região: modernização de suas economias e inserção competitiva no comércio internacional. Pouca atenção, porém, tem sido dada aos aspectos

políticos que têm contribuído para viabilizar o processo de integração. Na verdade, pode-se mesmo dizer que a existência de pré-requisitos políticos está na origem da integração ora em curso.

No campo político, os aspectos cruciais, que permitiram a existência de condições favoráveis para a criação do Mercosul, "foram as mudanças do caráter das relações entre Brasil e Argentina" e o estabelecimento da democracia em ambos os países. Até o final dos anos 70, as relações Brasil-Argentina foram marcadas por disputas hegemônicas e hostilidades latentes, que criavam situações de competição e conflito.

A corrida armamentista entre os dois países já se esboçava quando os dois governos recusaram qualquer comprometimento formal com a não proliferação de armas nucleares na região. Mais tarde, já no início da década de 1970, as tentativas de domínio da energia nuclear e das técnicas de enriquecimento do urânio, promovidas por ambos os países, começaram a delinear um quadro cuja continuidade poderia acarretar riscos para a estabilidade continental. O Acordo de Cooperação Nuclear de 1980 e os acordos que se lhe seguiram restringindo a utilização da energia nuclear para fins pacíficos, inaugurou a fase de construção da confiança mútua no plano estratégico-militar. Os acordos de cooperação no campo nuclear são, na verdade, subproduto da cooperação mais ampla que se verificou a partir da celebração do Acordo sobre o Aproveitamento dos Recursos Hídricos do Rio Paraná, em 1979.

A transição dos governos autoritários para os regimes democráticos foi, na realidade, o marco que tornou possível a transformação das relações de conflito em relações de cooperação entre Brasil e Argentina. A cooperação intergovernamental tem lugar quando as políticas, seguidas por determinado governo, são consideradas pelos outros Estados de modo a facilitar a realização dos objetivos de todos, já que resultam de um processo de coordenação política.

A cooperação, diversamente da harmonia, pressupõe a existência do conflito, envolvendo esforços para superá-lo. Neste sentido, a cooperação ocorre quando os atores estão em situação real ou potencial de conflito, e

não de harmonia. É esta a razão que faz que os governos busquem a coordenação política, evitando a continuidade indefinida do conflito.

A passagem do conflito para a cooperação, expressa em 1985, na assinatura da Ata do Iguaçu, no Programa de Integração e Cooperação Econômica Brasil-Argentina, de 1986, e no Tratado Bilateral de Integração e Cooperação Econômica de 1988, tem o seu ponto culminante na celebração do Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991.

A criação do Mercosul não pode ser imaginada fora dos marcos jurídicos e políticos surgidos com a redemocratização dos países latino-americanos. A complexidade da criação de um Mercado Comum entre economias com características diversas exige negociação contínua e capacidade de diálogo. A discussão em torno da institucionalidade e da elaboração dos macromodelos jurídicos do Mercosul não se pode restringir às esferas governamentais.

O Mercosul somente poderá ser completamente efetivado no momento em que houver um mínimo de comprometimento social com as metas governamentais assumidas previamente. Este fato é incompatível com a lógica de limitação e exclusão da participação social que domina os governos autoritários. Da mesma forma que a redemocratização dos países-membros do Tratado de Assunção criou as condições necessárias de cooperação regional, o retrocesso democrático é o maior risco para o processo de integração.

Diante da formação de blocos econômicos, que caracteriza a economia internacional a partir do início da década de 1990, o Mercosul representou o esforço para elevar o grau de competitividade da região no comércio mundial. A adoção de políticas comerciais comuns contribui para fortalecer as posições defendidas pelo bloco nos foros internacionais de negociação. Aumenta, em consequência, a possibilidade de obtenção de maiores vantagens comerciais, como sucede em matéria de produtos agrícolas. A formação de um grande mercado, com cerca de 200 milhões de consumidores, é uma importante moeda de barganha nas negociações que se travam com outros parceiros.

Paralelamente, o crescimento dos fluxos comerciais no interior do bloco é importante fator de modernização econômica. As economias nacionais encontram-se mais expostas à competição, o que favorece o aprimoramento da qualidade dos produtos e serviços postos à disposição dos consumidores.

O Mercosul é, apesar disso, uma forma de regionalismo aberto, que não se apoia em discriminações impostas a outros mercados. Insere-se, nesta perspectiva, no espírito que orientou o Gatt e que agora norteia a atuação da Organização Mundial do Comércio.

Finalmente, a criação do Mercosul foi extraordinariamente facilitada pelo substrato cultural comum compartilhado pelos quatro países que o compõem. A proximidade linguística e a existência de culturas que se entrelaçam auxiliaram o entendimento e viabilizaram o diálogo no plano regional.

O Mercosul conta com quatro membros originários: o Brasil, a Argentina, o Uruguai e o Paraguai. A Venezuela ingressou em 2012 e com o decorrer do tempo estará completamente integrada ao bloco econômico. O Paraguai encontra-se momentaneamente suspenso até a realização de novas eleições presidenciais.

Os artigos iniciais do Tratado de Assunção delinearam o modelo de mercado comum pretendido por seus autores. Diversamente do que sucedeu na Europa, onde o Tratado de Roma disciplinou, pormenorizadamente, as finalidades do mercado comum a ser criado, no Mercosul preponderou maior grau de indeterminação quanto ao resultado final do processo de integração. Na realidade, pode-se concluir que o fim colimado pelo Tratado de Assunção, como transparece da leitura do art. 1o, foi instituir uma união aduaneira, caracterizada pela completa eliminação de barreiras alfandegárias e não alfandegárias entre os países-membros e por uma política comercial comum em relação a outros mercados.

Este fato, certamente, influenciou a elaboração do perfil institucional do Mercosul. As instituições surgidas basearam-se na cooperação intergovernamental e no consenso como critério primordial para a tomada

de decisões.

O Tratado de Assunção regulou as instituições que deveriam vigorar na fase provisória de existência do Mercosul, que se estendeu até 31 de dezembro de 1994. Com o Protocolo de Ouro Preto as instituições do Mercosul ganharam maior estabilidade, assumindo funções anteriormente desconhecidas. Sem romper com o seu padrão original, as novas instituições registraram considerável aprimoramento ao mesmo tempo em que se verificou a mudança da sua natureza jurídica.

A alteração mais significativa neste terreno consistiu na atribuição de personalidade jurídica ao Mercosul. O art. 34 do Protocolo de Ouro Preto dispôs que o Mercosul terá personalidade jurídica de Direito Internacional. O Mercosul poderá, no uso de suas atribuições, praticar todos os atos necessários à realização de seus objetivos, adquirir ou alienar bens móveis e imóveis, comparecer em juízo, conservar fundos e fazer transferências (art. 35). Já o art. 36 menciona a possibilidade de o Mercosul vir a estabelecer acordos de sede, hipótese que se abre somente para a Secretaria Administrativa, pois os demais órgãos têm sede rotativa.

Com a aquisição da personalidade jurídica, o Conselho do Mercado Comum passou a ter a função de negociar e firmar acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organizações internacionais. Centro de imputação de direitos e deveres, o Mercosul passou a ter existência própria, distinta dos Estados que o constituem. A Secretaria Administrativa do Mercosul contará com orçamento para cobrir seus gastos de funcionamento e aqueles determinados pelo Grupo Mercado Comum. Tal orçamento será financiado, em partes iguais, por contribuições dos Estados-partes (art. 45). O Mercosul, contudo, está muito distante de possuir instituições supranacionais como ocorre na União Europeia.

O pensamento jurídico-político tem colocado em relevo a importância das instituições para a vida social. Como padrões regularizados de interação aceitos e reconhecidos, que podem ou não encontrar expressão formal, as instituições possuem as seguintes características:

1– Possibilitam a incorporação ou a exclusão dos agentes sociais

determinando em que condições os atores são considerados habilitados para participar dos procedimentos decisórios;

2– Definem a maior ou menor probabilidade de que certos resultados venham a ocorrer. As instituições predeterminam o espectro de resultados possíveis e a probabilidade de sua verificação;

3– Agregam e estabilizam a organização dos agentes que interagem com a instituição;

4– Induzem padrões de representação que pressupõem o direito de falar em nome de outrem, bem como a capacidade de obter o reconhecimento e a adesão dos representados em relação às matérias decididas pelos representantes;

5– Permitem a estabilização dos agentes, representantes e expectativas. Os representantes das instituições, em geral esperam dos demais atores comportamentos que variam dentro de um nível limitado de possibilidades;

6– Ampliam o horizonte temporal dos atores, já que é possível esperar que as interações institucionalizadas tenham continuidade no futuro ou que sua alteração se processe de maneira lenta e gradual.

Conscientes do significado capital das instituições os membros do Mercosul buscaram edificar uma estrutura institucional leve e flexível apta a consolidar a união aduaneira, meta inicial do processo de integração. Neste sentido, as instituições concebidas pelo Tratado de Assunção foram posteriormente aperfeiçoadas pelo Protocolo de Ouro Preto, que lhes deu maior durabilidade e permanência. Vários órgãos foram estabelecidos para cuidar dos múltiplos aspectos inerentes à integração. No topo da hierarquia institucional encontra-se o Conselho do Mercado Comum (CMC), a quem compete a direção política da integração econômica.

O art. 3o do Protocolo de Ouro Preto prescreve que

> O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Mercosul ao qual incumbe a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum.

Mais do que repetir o art. 10 do Tratado de Assunção, que traçara o seu perfil original, o art. 3o do Protocolo de Ouro Preto alterou a natureza jurídica do CMC.

Ao conferir personalidade jurídica internacional ao Mercosul, o Protocolo de Ouro Preto atribuiu ao CMC a função de órgão supremo da nova organização. Isto não lhe retirou, todavia, o caráter de conferência ministerial, que radica no sentido intergovernamental das instituições do Mercosul. Nesta qualidade, atua como instância política que fixa o sentido e o curso da integração.

O art. 8o determina que são funções e atribuições do Conselho do CMC:

> I. velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito;
> II. formular políticas e promover as ações necessárias à conformação do mercado comum;
> III. exercer a titularidade da personalidade jurídica do Mercosul;
> IV. negociar e firmar acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organizações internacionais. Estas funções podem ser delegadas ao Grupo Mercado Comum por mandato expresso, nas condições estipuladas no inciso VII do art. 14;
> V. manifestar-se sobre as propostas que lhe sejam levadas pelo Grupo Mercado Comum;
> VI. convocar reuniões de ministros e pronunciar-se sobre os acordos que lhe sejam remetidos pelas mesmas;
> VII. criar os órgãos que estime pertinentes, assim como modificá-los ou extingui-los;
> VIII. esclarecer, quando estime necessário, o conteúdo e o alcance de suas decisões;
> IX. designar o diretor da Secretaria Administrativa do ercosul;
> X. adotar decisões em matéria financeira e orçamentária;
> XI. homologar o Regimento Interno do Grupo Mercado Comum.

Os incisos III e IV do art. 8o outorgaram ao Conselho do Mercado Comum as funções de representação, as quais serão exercidas de modo colegiado. Nada obsta, entretanto, a delegação destas funções ao Grupo Mercado Comum (GMC), respeitados os limites convencionais existentes.

A função normativa do GMC compreende as regras internas de organização e aquelas que se dirigem ao comportamento dos Estados-membros. As decisões do Conselho serão tomadas por consenso e a sua validade está subordinada à presença de todos os participantes. Esta forma de deliberação, que resultou de prolongados debates, foi reivindicada pelo Uruguai e pelo Paraguai, receosos de que a adoção do voto ponderado garantisse a preponderância dos parceiros mais poderosos.

O CMC é integrado pelos ministros das Relações Exteriores e da

Economia dos Estados-membros (art. 10 do Tratado de Assunção e 5o do Protocolo de Ouro Preto). Admite-se, contudo, a participação nas reuniões de autoridades de outros ministérios a convite dos seus coordenadores. As reuniões ocorrem, pelo menos, duas vezes por ano com a presença dos presidentes da República dos quatro países. Sua presidência é rotativa, por períodos de seis meses, obedecendo à ordem alfabética dos Estados-partes (art. 6o).

É o órgão executivo do Mercosul encontrando-se subordinado ao CMC. Suas funções estão reguladas na Seção III, arts. 10 e seguintes, do Protocolo de Ouro Preto. O GMC decidirá por consenso com a presença de todos os representantes dos Estados-partes (art. 16 do Tratado de Assunção). As resoluções que adota são obrigatórias para os membros do Mercosul. Entre as competências originárias que possui, inerente à função de órgão executivo, figuram a organização das reuniões do CMC, a eleição do diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM) e a aprovação dos seus orçamentos, além da homologação, por resolução, dos regimentos internos da Comissão de Comércio e do Foro Consultivo Econômico-Social.

Incumbe ao Grupo Mercado Comum preparar seu regimento interno o qual será submetido à aprovação do Conselho do Mercado Comum (CMC), fato que evidencia a sua competência autorregulamentadora, ainda que circunscrita a certos limites. Compete-lhe, também, a criação, modificação ou supressão de órgãos como os subgrupos de trabalho e as reuniões especializadas, conforme o art. 14, V. O CMC pode delegar ao GMC a competência para negociar e firmar tratados, obedecendo aos parâmetros fixados pelo art. 8, IV, e 14, VII, do Protocolo de Ouro Preto. Nada impede que referida competência seja delegada à CCM.

O Grupo Mercado Comum (GMC) é integrado por quatro membros titulares e quatro membros alternos por país, designados pelos respectivos governos, entre os quais devem constar necessariamente representantes dos ministérios das Relações Exteriores, dos ministérios da Economia (ou equivalentes) e dos bancos centrais. O GMC será coordenado pelos ministérios das Relações Exteriores. Possui, assim, estrutura aberta, podendo

contar com a participação de outros membros da administração pública. Ao elaborar e propor medidas concretas para o desenvolvimento de seus trabalhos, é lícito ao GMC convocar, quando julgar conveniente, representantes de outros órgãos da administração pública ou da estrutura institucional do Mercosul. Isto significa que, além dos funcionários públicos, poderão ser convocados os integrantes dos subgrupos, do Conselho Consultivo Econômico-Social e até mesmo da Comissão Parlamentar Conjunta.

O art. 14 determina que:

> São funções e atribuições do Grupo Mercado Comum:
> I. velar, nos limites de suas competências, pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito;
> II. propor projetos de Decisão ao Conselho do Mercado Comum;
> III. tomar as medidas necessárias ao cumprimento das Decisões adotadas pelo Conselho do Mercado Comum;
> IV. fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do mercado comum;
> V. criar, modificar ou extinguir órgãos tais como subgrupos de trabalho e reuniões especializadas, para o cumprimento de seus objetivos;
> VI. manifestar-se sobre as propostas ou recomendações que lhe forem submetidas pelos demais órgãos do Mercosul no âmbito de suas competências;
> VII. negociar, com a participação de representantes de todos os Estados-partes, por delegação expressa do Conselho do Mercado Comum e dentro dos limites estabelecidos em mandatos específicos concedidos para esse fim, acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organismos internacionais. O Grupo Mercado Comum quando dispuser de mandato para tal fim, procederá à assinatura dos mencionados acordos. O Grupo Mercado Comum, quando autorizado pelo Conselho do Mercado Comum, poderá delegar os referidos poderes à Comissão de Comércio do Mercosul;
> VIII. aprovar o orçamento e a prestação de contas anual apresentada pela Secretaria Administrativa do Mercosul;
> IX. adotar resoluções em matéria financeira e orçamentária, com base nas orientações emanadas do Conselho do Mercado Comum;
> X. submeter ao Conselho do Mercado Comum seu Regimento interno;
> XI. organizar as reuniões do Conselho do Mercado Comum e preparar os relatórios e estudos que este lhe solicitar;
> XII. eleger o diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul;
> XIII. supervisionar as atividades da Secretaria Administrativa do Mercosul;
> XIV. homologar os Regimentos Internos da Comissão de Comércio e do Foro Consultivo Econômico-Social.

O poder normativo do GMC manifesta-se na formulação de regras relativas aos programas de trabalho que asseguram avanços com vistas ao estabelecimento do mercado comum e no poder de adotar resoluções em

matéria financeira e orçamentária. Já o poder de iniciativa revela-se na faculdade de propor projetos de decisão ao Conselho do Mercado Comum ao passo que o poder de controle permite ao GMC fixar programas de trabalho e acompanhar a sua implantação; tomar as medidas necessárias para o cumprimento das decisões do CMC; aprovar o orçamento e a prestação de contas da Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

A Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) situa-se em escala hierárquica inferior à do Grupo Mercado Comum. A CCM exerce atividade consultiva e de assessoramento. Organizada em Seções Nacionais, tal como se verifica com o GMC, a sua composição é paritária, cada Estado indicando quatro membros titulares e suplentes ou alternos.

A CCM, que auxilia o GMC em suas atividades, tem a incumbência de velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial acordados pelos Estados para o funcionamento da união aduaneira, bem como acompanhar e revisar os temas e matérias relacionados com as políticas comerciais comuns, com o comércio intra-Mercosul e com terceiros países. Importa destacar que os instrumentos de política comercial até agora acordados se resumem à tarifa externa comum, às listas de exceção e ao regime aduaneiro. Atualmente, discute-se a adoção de políticas comuns em diversos setores de que são exemplos, entre outros, a defesa da concorrência e a proteção ao consumidor.

São funções e atribuições da Comissão de Comércio do Mercosul:

I. velar pela aplicação dos instrumentos comuns de política comercial intra-Mercosul e com terceiros países, organismos internacionais e acordos de comércio;

II. considerar e pronunciar-se sobre as solicitações apresentadas pelos Estados-Partes com respeito à aplicação e ao cumprimento da tarifa externa comum e dos demais instrumentos de política comercial comum;

III. acompanhar a aplicação dos instrumentos de política comercial comum nos Estados-Partes;

IV. analisar a evolução dos instrumentos de política comercial comum

para o funcionamento da união aduaneira e formular Propostas a respeito ao Grupo Mercado Comum;

V. tomar as decisões vinculadas à administração e à aplicação da tarifa externa comum e dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados-Partes;

VI. informar ao Grupo Mercado Comum sobre a evolução e a aplicação dos instrumentos de política comercial comum, sobre o trâmite das solicitações recebidas e sobre as decisões adotadas a respeito delas;

VII. propor ao Grupo Mercado Comum novas normas ou modificações às normas existentes referentes à matéria comercial e aduaneira do Mercosul;

VIII.propor a revisão das alíquotas tarifárias de itens específicos da tarifa externa comum, inclusive para contemplar casos referentes a novas atividades produtivas no âmbito do Mercosul;

IX. estabelecer os comitês técnicos necessários ao adequado cumprimento de suas funções, bem como dirigir e supervisionar as atividades dos mesmos;

X. desempenhar as tarefas vinculadas à política comercial comum que lhe solicite o Grupo Mercado Comum;

XI. adotar o Regimento Interno, que submeterá ao Grupo Mercado Comum para sua homologação.

Constituído em 6 de dezembro de 2006, em substituição da Comissão Parlamentar Conjunta, o Parlamento do Mercosul representa os interesses dos Estados que o integram. A participação da sociedade civil no processo de integração, o desenvolvimento, a justiça social e o respeito à diversidade cultural da população são os objetivos que o Parlamento do Mercosul pretende realizar. Buscou-se, também, incentivar a formação de uma consciência coletiva de valores comunitários de modo a consolidar e aprofundar a integração latino-americana.

O art. 4o do Protocolo Constitutivo do Mercosul estabelece que as suas atribuições são:

1. Velar, no âmbito de sua competência, pela observância das normas do Mercosul.

2. Velar pela preservação do regime democrático nos Estados-partes, de acordo com as normas do Mercosul, e em particular com o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, na República da Bolívia e República do Chile.
3. Elaborar e publicar anualmente um relatório sobre a situação dos direitos humanos nos Estados-partes, levando em conta os princípios e as normas do Mercosul.
4. Efetuar pedidos de informações ou opiniões por escrito aos órgãos decisórios e consultivos do Mercosul estabelecidos no Protocolo de Ouro Preto sobre questões vinculadas ao desenvolvimento do processo de integração. Os pedidos de informações deverão ser respondidos no prazo máximo de 180 dias.
5. Convidar, por intermédio da Presidência *Pro Tempore* do CMC, representantes dos órgãos do Mercosul, para informar e/ou avaliar o desenvolvimento do processo de integração, intercambiar opiniões e tratar aspectos relacionados com as atividades em curso ou assuntos em consideração.
6. Receber, ao final de cada semestre, a Presidência *Pro Tempore* do Mercosul, para que apresente um relatório sobre as atividades realizadas durante dito período.
7. Receber, ao início de cada semestre, a Presidência *Pro Tempore* do Mercosul, para que apresente o programa de trabalho acordado, com os objetivos e prioridades previstos para o semestre.
8. Realizar reuniões semestrais com o Foro Consultivo Econômico-Social a fim de intercambiar informações e opiniões sobre o desenvolvimento do Mercosul.
9. Organizar reuniões públicas, sobre questões vinculadas ao desenvolvimento do processo de integração, com entidades da sociedade civil e os setores produtivos.
10. Receber, examinar e se for o caso encaminhar aos órgãos decisórios, petições de qualquer particular, sejam pessoas físicas ou jurídicas, dos Estados-partes, relacionadas com atos ou omissões dos órgãos do Mercosul.
11. Emitir declarações, recomendações e relatórios sobre questões vinculadas ao desenvolvimento do processo de integração, por iniciativa própria ou por solicitação de outros órgãos do Mercosul.
12. Com o objetivo de acelerar os correspondentes procedimentos internos para a entrada em vigor das normas nos Estados-partes, o Parlamento elaborará pareceres sobre todos os projetos de normas do Mercosul que requeiram aprovação legislativa em um ou vários Estados-partes, em um prazo de noventa (90) dias a contar da data da consulta. Tais projetos deverão ser encaminhados ao Parlamento pelo órgão decisório do Mercosul, antes de sua aprovação.
Se o projeto de norma do Mercosul for aprovado pelo órgão decisório, de acordo com os termos do parecer do Parlamento, a norma deverá ser enviada pelo Poder Executivo nacional ao seu respectivo Parlamento, dentro do prazo de quarenta e cinco (45) dias, contados a partir da sua aprovação.
Nos casos em que a norma aprovada não estiver de acordo com o parecer do Parlamento, ou se este não tiver se manifestado no prazo mencionado no primeiro parágrafo do presente literal a mesma seguirá o trâmite ordinário de incorporação.
Os Parlamentos nacionais, segundo os procedimentos internos correspondentes, deverão adotar as medidas necessárias para a instrumentalização ou criação de um procedimento preferencial para a consideração das normas do Mercosul que tenham sido adotadas de acordo com os termos do parecer do Parlamento mencionado no parágrafo anterior.
O prazo máximo de duração do procedimento previsto no parágrafo precedente, não excederá cento e oitenta (180) dias corridos, contados a partir do ingresso da norma no respectivo Parlamento nacional.

Se dentro do prazo desse procedimento preferencial o Parlamento do Estado-parte não aprovar a norma, esta deverá ser reenviada ao Poder Executivo para que a encaminhe à reconsideração do órgão correspondente do Mercosul.
13. Propor projetos de normas do Mercosul para consideração pelo Conselho do Mercado Comum, que deverá informar semestralmente sobre seu tratamento.
14. Elaborar estudos e anteprojetos de normas nacionais, orientados à harmonização das legislações nacionais dos Estados-partes, os quais serão comunicados aos Parlamentos nacionais com vistas a sua eventual consideração.
15. Desenvolver ações e trabalhos conjuntos com os Parlamentos nacionais, a fim de assegurar o cumprimento dos objetivos do Mercosul, em particular aqueles relacionados com a atividade legislativa.
16. Manter relações institucionais com os Parlamentos de terceiros Estados e outras instituições legislativas.
17. Celebrar, no âmbito de suas atribuições, com o assessoramento do órgão competente do Mercosul, convênios de cooperação ou de assistência técnica com organismos públicos e privados, de caráternacional ou internacional.
18. Fomentar o desenvolvimento de instrumentos de democracia representativa e participativa no Mercosul.
19. Receber dentro do primeiro semestre de cada ano um relatório sobre a execução do orçamento da Secretaria do Mercosul do ano anterior.
20. Elaborar e aprovar seu orçamento e informar sobre sua execução ao Conselho do Mercado Comum no primeiro semestre do ano, posterior ao exercício.
21. Aprovar e modificar seu Regimento interno.
22. Realizar todas as ações pertinentes ao exercício de suas competências.

Os atos do Parlamento compreendem: Pareceres, Projetos de normas, Anteprojetos de normas, Declarações, Recomendações, Relatórios e Disposições.

Os Pareceres são as opiniões emitidas pelo Parlamento sobre projetos de normas, enviadas pelo Conselho do Mercado Comum antes de sua aprovação, que requerem aprovação legislativa em um ou mais Estado-parte.

Os Projetos de norma do Mercosul são as proposições normativas apresentadas em consideração do Conselho Mercado Comum.

Os Anteprojetos de norma são as proposições orientadas à harmonização das legislações dos Estados-partes, dirigidos aos Parlamentos Nacionais para sua eventual consideração.

As Declarações são as manifestações do Parlamento sobre qualquer assunto de interesse público.

As Recomendações são indicações gerais dirigidas aos órgãos decisórios do Mercosul.

Os Relatórios são estudos realizados por uma ou mais comissões permanentes ou temporárias e aprovadas pelo Plenário, que contêm análises de um tema específico.

As Disposições são normas gerais, de caráter administrativo, que dispõem sobre a organização interna do Parlamento.

O Tratado de Assunção concebeu a Secretaria Administrativa do Mercosul como órgão destinado a servir de arquivo para os instrumentos legais de interesse do bloco. O Protocolo de Ouro Preto revigorou as suas atribuições, que ganharam relevo particular com a transformação do Mercosul em organização internacional.

A Secretaria Administrativa do Mercosul é dirigida por um diretor o qual deve ser nacional de um dos Estados-partes. Tal diretor será eleito pelo Grupo Mercado Comum em bases rotativas, com a consulta aos Estados-partes, sendo designado pelo Conselho do Mercado Comum. Terá o mandato de dois anos vedada a reeleição. Importa frisar que o mandato em causa é excessivamente breve colocando em risco a continuidade indispensável para que suas tarefas sejam conduzidas com êxito.

Sediada em Montevidéu, em virtude de solicitação do governo uruguaio, as despesas da Secretaria Administrativa estão previstas no orçamento do Mercosul e serão suportadas, por igual, pelos quatro países. Entre as mais importantes atividades da Secretaria Administrativa estão, entre outras, a de ser o arquivo da documentação do Mercosul, publicar as decisões adotadas, organizar os aspectos logísticos das reuniões do Conselho do Mercado Comum, do Grupo Mercado Comum e da Comissão de Comércio, informar regularmente os Estados-partes sobre as medidas implementadas por cada país para incorporar em seu ordenamento jurídico as normas emanadas dos órgãos do Mercosul e registrar as listas nacionais dos árbitros e especialistas, bem como desempenhar outras tarefas determinadas pelo Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991.

A criação de Comitês Técnicos, admitida pelo art. 19, inciso IX, do Protocolo de Ouro Preto, pertence às atribuições da Comissão de Comércio do Mercosul (CCM). Os Comitês Técnicos assumem, na sistemática do

Protocolo de Ouro Preto, o caráter de órgãos de apoio e assessoria. Destituídos de poder decisório, os Comitês Técnicos procedem à coleta de dados para a elaboração de pareceres sobre a aplicação das políticas comerciais comuns que, todavia, não são vinculantes. Podem valer-se do concurso de especialistas e consultar o setor privado sobre questões que lhe dizem respeito. São compostos por membros designados por cada um dos Estados-partes por intermédio das respectivas Seções Nacionais. As decisões são consensuais, mas se o consenso não for alcançado o parecer será enviado à CCM acompanhado dos votos dissidentes.

A Comissão Parlamentar Conjunta não integra, diretamente, o arcabouço institucional do Mercosul. Sem as limitações peculiares à subordinação hierárquica, volta-se, basicamente, ao fortalecimento do vínculo entre o Mercosul e os parlamentos nacionais. O fim colimado pelo Tratado de Assunção e pelo Protocolo de Ouro Preto, que a regularam, foi estimular a aprovação das leis que busquem concretizar o Mercado Comum, auxiliando na harmonização das legislações tal como requerido pelo avanço do processo de integração. Instalada em 6 de dezembro de 1991, em Montevidéu, exerce as funções consultiva e deliberativa, facultando-lhe, também, a apresentação de propostas.

A Comissão Parlamentar Conjunta é integrada por 64 parlamentares, 16 para cada país, os quais são designados pelos respectivos parlamentos nacionais, de acordo com os seus procedimentos internos. Sempre que considerar adequado, a Comissão Parlamentar Conjunta encaminhará, por intermédio do Grupo Mercado Comum, recomendações ao Conselho do Mercado Comum.

A motivação subjacente à criação do Foro Econômico-Social foi, sem dúvida, ampliar a participação da sociedade nas decisões que concernem à integração. Procurou-se obter maior transparência ao mesmo tempo em que se pretendeu elevar o grau de democratização das instituições do Mercosul.

Exibe a natureza de órgão consultivo representando ampla gama de interesses sociais. O Foro Consultivo Econômico-Social manifesta-se

mediante Recomendações ao Grupo Mercado Comum, que homologará o seu Regimento Interno.

Concluído em Buenos Aires, em 19 de fevereiro de 2002, o Protocolo de Olivos reorganizou o sistema de solução de controvérsias do Mercosul. Seu objetivo principal foi reforçar o caráter jurisdicional do sistema, sem eliminar a importância conferida às negociações diplomáticas. As modificações introduzidas no Protocolo de Brasília e no Protocolo de Ouro Preto desejaram consolidar a segurança jurídica no interior do bloco. O aspecto mais inovador residiu na criação de um Tribunal Permanente de Revisão encarregado de julgar, em grau de recurso, as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais *ad hoc*.

O procedimento de solução de controvérsias tornou-se mais complexo, passando a contar com duplo grau de jurisdição. Na primeira instância situa-se o tribunal arbitral *ad hoc*, que atua sempre que fracassarem as negociações diretas para resolver a disputa. O Tribunal Permanente de Revisão examina, quando provocado pelas partes, se o tribunal arbitral procedeu com acerto ao interpretar as normas jurídicas em vigor. Esgotada sem êxito a fase de negociação, os contendores, se preferirem, submeterão diretamente a controvérsia ao Tribunal Permanente de Revisão. Compete-lhe, em tal circunstância, analisar os fundamentos jurídicos da decisão recorrida e julgar a questão de forma definitiva.

O Protocolo de Olivos regula a solução de controvérsias resultantes da violação do Tratado de Assunção, dos demais acordos concluídos para levar a cabo a integração, bem como das normas emanadas dos órgãos do Mercosul. O procedimento compreende duas etapas: a fase diplomática e a fase jurisdicional. A fase diplomática começa por iniciativa dos Estados ou dos particulares. Os Estados principiam as negociações diretas, que, em regra, estender-se-ão por um período de 15 dias, quando uma das partes comunica à outra a decisão de iniciar a controvérsia. Os particulares, pessoas físicas ou jurídicas, formalizarão a reclamação ante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado onde tenham a sua residência habitual ou a sede dos seus negócios em virtude de medidas legais ou

administrativas de efeito restritivo, discriminatório ou de concorrência desleal. É interessante observar que não se utilizou a expressão domicílio, mas residência habitual; analogamente a preferência recaiu no emprego da expressão sede dos negócios em vez de sede social. Os particulares fornecerão elementos que permitam determinar a veracidade da violação e a existência ou ameaça do prejuízo para que a reclamação seja admitida pela Seção Nacional e para que seja avaliada pelo Grupo Mercado Comum e pelo grupo de especialistas, quando convocado.

O sistema abrange, *rationae personae*, as reclamações dos Estados e particulares e, *rationae materiae*, a interpretação, aplicação e não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados em seu âmbito, das decisões do Conselho do Mercado Comum e as resoluções do Grupo Mercado Comum, além das diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul e das normas de direito internacional aplicáveis. Desapareceu a competência outorgada à Comissão de Comércio para examinar as reclamações promovidas pelos particulares e Estados-partes do Tratado de Assunção. As regras sobre a solução de disputas no Mercosul afastaram-se dos usos tradicionais em matéria de proteção diplomática. A reclamação prosseguirá sempre que as provas forem incontestáveis demonstrando, de maneira plena, a veracidade dos fatos alegados. Trata-se, como se percebe, de atividade vinculada da Administração. O limite da discricionariedade da Seção Nacional encontra-se na apreciação da confidencialidade e eficácia das provas.

A Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do reclamante que tenha admitido a reclamação entabulará negociações com a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do reclamado a que se atribui a violação a fim de buscar, mediante consultas, solução imediata à questão levantada. Tais consultas dar-se-ão automaticamente por concluídas no prazo de 15 dias, salvo se prazo diferente tiver sido convencionado. Se as negociações diretas falharem no intento de levar a um acordo, ou se a controvérsia for solucionada apenas parcialmente, qualquer dos Estados-partes poderá, de imediato, recorrer ao procedimento arbitral.

Os Estados gozam, entretanto, da prerrogativa de submeter a controvérsia à apreciação do Grupo Mercado Comum. Se outro Estado, que não seja parte na disputa, solicitar, justificadamente, o Grupo Mercado Comum analisará o caso. De qualquer modo, o Grupo Mercado Comum avaliará a situação, dando oportunidade às partes para que exponham as suas respectivas posições, requerendo, quando considere necessário, o assessoramento de especialistas.

O grupo de especialistas permitirá que o particular reclamante e os Estados que disputam sejam ouvidos e apresentem seus argumentos, em audiência conjunta. Será composto de três membros designados pelo Grupo Mercado Comum; na falta de acordo a escolha realizar-se-á por votação entre os integrantes de uma lista de 24 nomes sugeridos pelos Estados do Mercosul. Se, em parecer unânime, o grupo de especialistas verificar a procedência da reclamação formulada, qualquer Estado-parte poderá requerer a adoção de medidas corretivas ou a anulação das medidas questionadas. Se o grupo de especialistas não alcançar unanimidade para emitir o parecer, apresentará suas conclusões ao Grupo Mercado Comum, que, imediatamente, dará por concluída a reclamação. Este fato não impedirá que o Estado reclamante dê início ao procedimento arbitral. O Grupo Mercado Comum formulará em um prazo não superior a 30 dias recomendações visando à solução da divergência.

Quando não tiver sido possível solucionar a controvérsia pela via diplomática, qualquer dos Estados-partes na controvérsia poderá comunicar à Secretaria Administrativa do Mercosul sua intenção de recorrer à arbitragem. O tribunal arbitral *ad hoc*, que não necessita de acordo especial para ser constituído, será composto por três árbitros; cada litigante indicará um árbitro e o respectivo suplente entre os nomes constantes de lista previamente depositada na Secretaria Administrativa do Mercosul. As partes escolherão, de comum acordo, o presidente do tribunal, que, em nenhum caso, terá a nacionalidade dos Estados que controvertem. Cada Estado designará 12 árbitros, que integrarão uma lista mantida pela Secretaria Administrativa do Mercosul. Os Estados proporão, ainda, quatro candidatos

para integrar a lista de terceiros árbitros. Pelo menos um dos árbitros indicados para esta lista não terá a nacionalidade de nenhum Estado pertencente ao bloco.

O objeto da demanda, que não comporta ampliação posterior, é fixado pelos textos de apresentação e resposta ante o tribunal arbitral *ad hoc*. As manifestações iniciais dos contendores descreverão as instâncias percorridas antes de se instaurar o procedimento arbitral e farão a exposição dos fundamentos de fato e de direito que alicerçam as pretensões em conflito. O tribunal arbitral goza da prerrogativa de determinar, por solicitação do interessado, as medidas provisórias que julgar apropriadas quando existirem presunções fundamentadas de que a manutenção da situação ameaça ocasionar danos graves e irreparáveis a uma das partes. A emissão do laudo ocorrerá em 60 dias, prorrogáveis pelo prazo máximo de 30 dias.

O Protocolo de Olivos criou o Tribunal Permanente de Revisão, que desempenha o papel de instância recursal no procedimento de solução de controvérsias do Mercosul. A finalidade foi instituir um órgão destinado a efetuar o controle de legalidade das decisões arbitrais e preparar o terreno para a eventual criação de uma corte permanente do Mercosul. Garantiu-se às partes, no prazo de 15 dias, o direito de apresentar recurso ao Tribunal Permanente de Revisão, que se limitará a questões de direito tratadas na controvérsia e às interpretações jurídicas desenvolvidas no laudo do tribunal arbitral *ad hoc*. O Tribunal Permanente de Revisão compõe-se de cinco árbitros; cada Estado designará um árbitro e seu respectivo suplente pelo período de dois anos, renovável por no máximo dois períodos consecutivos. O quinto árbitro, que será designado por um período de três anos, não renovável, salvo acordo em contrário, será escolhido, por unanimidade, três meses antes de expirar o seu mandato. A lista para a designação do quinto árbitro conterá oito integrantes; cada Estado proporá dois participantes que deverão ser nacionais dos países do Mercosul.

Quando a controvérsia envolver dois Estados o Tribunal será integrado por três árbitros. Dois árbitros serão nacionais de cada Estado-parte na controvérsia e o terceiro, que exercerá a presidência, será indicado mediante

sorteio realizado pelo diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul, entre os árbitros restantes que não sejam nacionais dos Estados litigantes. O Tribunal contará com a totalidade dos seus membros quando a controvérsia envolver mais de dois Estados. Ele poderá, ao pronunciar-se sobre o recurso, confirmar, modificar ou revogar a fundamentação jurídica e as interpretações do tribunal arbitral *ad hoc*. A decisão a ser proferida é definitiva e prevalecerá sobre o julgamento anteriormente realizado. A confidencialidade marcará as votações e deliberações, que seguirão o princípio majoritário, não sendo admitido que os árbitros fundamentem votos dissidentes.

Os laudos do Tribunal Permanente de Revisão são inapeláveis e obrigatórios para os Estados-partes na controvérsia, possuindo, com relação a eles, força de coisa julgada. O pedido de esclarecimento, ao tribunal arbitral *ad hoc* ou ao Tribunal Permanente de Revisão, nos 15 dias subsequentes à notificação da decisão, permite aos litigantes desfazer eventuais dúvidas sobre a forma de cumprimento do laudo. Os árbitros devem indicar o prazo previsto para o cumprimento do laudo; se não houver previsão a respeito, o laudo será cumprido nos 30 dias subsequentes à data de sua notificação. Se um Estado não cumprir total ou parcialmente o laudo, faculta-se à outra parte, no prazo de um ano, iniciar a aplicação de medidas compensatórias temporárias, tais como a suspensão de concessões ou outras obrigações equivalentes, com vistas a obter o cumprimento do laudo. O Estado beneficiado pelo laudo procurará, em primeiro lugar, suspender as concessões ou obrigações equivalentes no mesmo setor ou setores afetados. Se for impraticável ou ineficaz a suspensão no mesmo setor, poderá suspender concessões ou obrigações em outro setor, devendo indicar as razões que fundamentam a sua decisão.

Se o Estado vencido na demanda considerar excessivas as medidas compensatórias aplicadas, poderá solicitar que o tribunal arbitral *ad hoc* ou o Tribunal Permanente de Revisão, conforme o caso, se pronuncie a respeito em um prazo não superior a 30 dias. Ao analisar a proporcionalidade das medidas compensatórias, o Tribunal levará em conta, entre outros

elementos, o volume ou o valor de comércio no setor afetado e qualquer outro prejuízo ou fator que tenha incidido na determinação do nível ou montante das medidas impostas.

A sede do Tribunal Permanente de Revisão será a cidade de Assunção. Não obstante, por razões justificadas, reunir-se-á, excepcionalmente, em outras cidades do Mercosul. Já os tribunais arbitrais *ad hoc* reunir-se-ão em qualquer cidade dos Estados-partes do bloco.

Os árbitros que atuarem nos procedimentos de solução de disputas previsto no Protocolo de Olivos deverão ser juristas de reconhecida competência e ter conhecimento do conjunto normativo do Mercosul. É imperativo que observem a necessária imparcialidade em relação à administração pública direta e não poderá ter interesse de índole alguma na controvérsia. Em qualquer fase do procedimento, a parte que apresentou a reclamação poderá desistir da mesma, ou as partes envolvidas no caso poderão chegar a um acordo dando-se por concluída a controvérsia. Em ambas as hipóteses, a desistência e o acordo serão comunicados por intermédio da Secretaria Administrativa do Mercosul ao Grupo Mercado Comum, ou ao tribunal correspondente.

A Europa realizou, até agora, a mais ampla e bem sucedida experiência de integração. A instituição do mercado comum e da união econômica e monetária, além do aparecimento da concepção de cidadania europeia e da elaboração de complexo aparato institucional, dá a dimensão exata dos avanços já obtidos. O sentimento de um destino comum a ser compartilhado e a convicção de que a Europa é uma individualidade histórica, com valores próprios que necessitam ser preservados, representam forças poderosas a motivar os países para a consecução do empreendimento europeu.

Os primeiros projetos de integração surgiram no período entre guerras e tiveram como pano de fundo a experiência da Liga das Nações e o crescente poderio dos EUA no plano internacional. O austríaco Coudenhove-Kalergi propôs que a futura integração deveria basear-se na aliança franco-germânica, enquanto Churchill recomendou a criação dos

Estados Unidos da Europa, mas advertiu que o Reino Unido não participaria de tal iniciativa devido à sua vocação imperial. Bélgica, Holanda e Luxemburgo iniciaram, em 1944, entendimentos para o estabelecimento de uma área de livre-comércio e de uma união aduaneira, com uma tarifa externa comum imposta aos bens provenientes de outros mercados. O Benelux antecipou, em escala reduzida, certas conquistas que os projetos de integração iriam, nas décadas posteriores, confirmar e ampliar.

No segundo pós-guerra reaparece o ideal de união fortalecido, em larga medida, pelo temor de que outro conflito viesse, em curto espaço de tempo, a devastar novamente o continente. No bojo da reconstrução europeia foi convocado o Congresso da Europa, que teve lugar em Haia, em 1948. Na oportunidade, o futuro da Europa foi visto a partir de duas óticas distintas. Impressionados pelos horrores da Segunda Guerra Mundial, os federalistas reivindicaram a substituição das soberanias nacionais por uma federação similar à norte-americana. Já os pragmáticos, que contavam com o apoio dos chefes de Estado e de governo presentes ao encontro, defenderam a cooperação intergovernamental, sem restrição à competência dos Estados. Esta tese, em princípio vitoriosa, influenciou a criação, em 1949, do Conselho da Europa, que realçou o papel da cooperação nos planos econômico, social, cultural e científico.

A preocupação em impedir o rearmamento alemão inspirou a divulgação, em 1950, do Plano Chuman, formulado por Jean Monnet, um dos principais políticos franceses. O plano consistia em subordinar a produção do carvão e do aço ao controle de uma autoridade supranacional, o que permitiria simultaneamente o crescimento industrial francês e o uso deles para fins pacíficos por parte da Alemanha. Desde logo, Berlim viu na proposta francesa um meio de recuperar credibilidade internacional. Estava, assim, aberto o caminho para a conclusão, em abril de 1951, do tratado que criou a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Ceca) com a participação da França, Alemanha, Holanda, Bélgica, Luxemburgo e Itália.

A estrutura institucional do Tratado Ceca previu a existência de quatro órgãos: a Alta Autoridade, a Assembleia, o Conselho de Ministros e o Tribunal

de Justiça. Merece destaque, no quadro orgânico da Ceca, a competência atribuída à Alta Autoridade para obrigar os Estados por meio de decisões tomadas pelo princípio da maioria. Reconhecia-se, desse modo, com grande pioneirismo, o caráter de supranacionalidade a uma organização internacional. Cabia ao Conselho de Ministros a tarefa de servir de ligação entre a Alta Autoridade e os Estados-membros. A Assembleia, composta por representantes indicados pelos parlamentos nacionais, exercia o controle político, e o Tribunal de Justiça tinha a missão de promover a interpretação uniforme do Tratado Ceca e do direito derivado, obra da atividade dos órgãos comunitários.

Dois tratados celebrados em Roma, em 1957, deram vida à Comunidade Europeia da Energia Atômica (Ceea) e à Comunidade Econômica Europeia (CEE), ampliando a cooperação que a Ceca havia originariamente propiciado. O objetivo era garantir o uso pacífico da energia nuclear pelos Estados-membros, especialmente a Alemanha, e criar um mercado comum, com a livre circulação das pessoas, serviços, bens e capitais. As elevadas despesas decorrentes da manutenção das três Comunidades, com idêntico aparato orgânico, levou a Cúpula de Bruxelas de 1965 a adotar uma única estrutura institucional. Na ocasião, a Comissão Europeia, órgão de natureza executiva, substituiu as funções da Alta Autoridade e a Assembleia recebeu a denominação de Parlamento. Em 1976, o Conselho de Ministros decidiu que, a partir de 1979, os membros do Parlamento seriam escolhidos por voto direto. No ano seguinte, o Tribunal de Contas incorporou-se ao quadro orgânico comunitário, cabendo-lhe verificar o cumprimento das metas orçamentárias.

Pouco a pouco as três Comunidades expandem-se com o ingresso de novos membros. A Grã-Bretanha, Irlanda e Dinamarca passaram a integrar as Comunidades em 1972; a Grécia torna-se membro em 1981; Portugal e Espanha em 1986; a Áustria, Finlândia e Suécia em 1995. Em 2004, são admitidos dez países: Chipre, Eslovênia, Polônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Estônia, República Checa, Eslováquia e Malta.

A década de 1980 viu renascerem os ideais de aprofundamento da

integração europeia personificados na figura de Jacques Delors. Seu trabalho à frente da Comissão contribuiu decisivamente para a integração europeia. O Ato Único de 1986 realizou a primeira modificação dos tratados comunitários e lançou as bases para a futura união econômica e monetária. Fixou-se um prazo final para que se concluísse a construção do mercado comum e para a adoção das medidas destinadas a harmonizar as legislações nacionais. O Ato Único instituiu o Tribunal de Primeira Instância com a clara intenção de auxiliar o funcionamento da Corte de Luxemburgo. Concomitantemente, o Parlamento recebeu novas atribuições no processo de elaboração do direito comunitário.

O Tratado de Maastricht, firmado em 1992 e em vigor desde 1993, criou a União Europeia (UE), composta por relações de cooperação entre os Estados europeus em três campos diferentes: o plano comunitário, que compreende a Ceca, a CEE e a Ceea e forma o primeiro pilar, o plano da Política Externa e Segurança Comum (Pesc), que constitui o segundo pilar, e o campo da cooperação policial e judiciária em matéria penal, terceiro pilar. Esta conformação institucional significou uma solução de compromisso entre os países que se manifestaram a favor da inserção da política externa no rol das atribuições comunitárias e os Estados que não queriam vincular-se à união econômica e monetária, como o Reino Unido.

O primeiro pilar possibilitou a formação de organizações supranacionais, que estabelecem o direito comunitário, ao passo que o segundo e o terceiro pilares abrangem relações intergovernamentais, fundadas na diplomacia clássica. A Comunidade Europeia (CE), denominação utilizada por Maastricht em substituição às Comunidades Europeias, dispõe de personalidade jurídica de direito interno e internacional, podendo estar em juízo, adquirir bens móveis e imóveis, concluir tratados e exercer o direito de legação. Compete à Comissão representá-la nos níveis interno e externo. A supranacionalidade, característica do primeiro pilar, marca a delegação de competências dos Estados aos órgãos comunitários para a realização de finalidades comuns. Surgem, em consequência, novas formas de produção normativa, mais aptas a satisfazer os imperativos da integração. O direito

internacional clássico requer a concordância dos Estados e a sua validade, no plano doméstico, pressupõe a obediência a procedimentos específicos de incorporação aos ordenamentos jurídicos nacionais. Já o direito comunitário, fruto, em grande medida, dos princípios consagrados pelo Tribunal de Luxemburgo, segue, na maior parte dos casos, o critério da maioria e aplica-se aos cidadãos europeus de forma direta e imediata. No segundo e no terceiro pilares, que não possuem a nota da supranacionalidade, a validade interna das normas internacionais subordina-se aos procedimentos de incorporação nos termos previstos pelos diferentes sistemas jurídicos nacionais.

As competências da UE organizam-se com base em dois princípios: o princípio das competências atribuídas e o princípio da subsidiariedade. Pelo primeiro, a UE, diversamente dos Estados, não tem competências genéricas, mas específicas, limitadas a concretizar os objetivos constantes dos tratados. Segundo a teoria dos poderes implícitos, desenvolvida pelo Tribunal de Luxemburgo, a outorga de competência às instituições confere-lhes, automaticamente, os meios para adotar as medidas apropriadas para cumprirem as metas que lhes foram confiadas. Os fins que os tratados indicam circunscrevem a liberdade de ação da UE e impedem a prática de atos que deles se distanciem. O princípio da subsidiariedade, por outro lado, procura compatibilizar a ação de Bruxelas com a atividade dos Estados-membros. Nesse sentido, Bruxelas só intervirá nas situações cujos efeitos venham a repercutir no plano comunitário ou que, pela sua natureza, ultrapassem as dimensões nacionais.

As competências da UE podem ser exclusivas ou concorrentes com os Estados-membros. A competência exclusiva afasta a intervenção estatal, como sucede, por exemplo, em matéria de transportes, agricultura e concorrência. Na hipótese de competências concorrentes, os órgãos comunitários atuam quando os Estados não legislarem ou legislarem de modo insuficiente em áreas tais como meio ambiente, políticas sociais, tecnologia, saúde, educação e proteção ao consumidor.

O Tratado de Maastricht originou a união econômica e monetária,

baseada no euro, a moeda única europeia. Os países desejosos de integrar a zona do euro devem respeitar os requisitos estabelecidos pelo pacto de estabilidade: controle da inflação e déficit público inferior a 3% do produto interno bruto. O Banco Central Europeu executa a política monetária a fim de manter os preços sob controle e preservar o poder de compra da nova moeda.

A política externa e de segurança comum, objeto do segundo pilar, visa assinalar a especificidade da posição europeia no contexto internacional. Esta meta, só parcialmente alcançada, almejou, no âmbito intergovernamental, superar as discórdias em busca de uma visão comum sobre os principais problemas internacionais. O Tratado de Maastricht previu a noção de cidadania europeia, posteriormente desenvolvida no Tratado de Amsterdã. Ela é um vínculo jurídico-político, complementar à cidadania original, a unir um indivíduo, nacional de algum Estado da União, com qualquer outro Estado que a integra. A cidadania europeia confere ao seu titular o direito de ir e vir no espaço europeu assegurando-lhe o direito de votar e ser votado tanto nos pleitos municipais quanto nas eleições para o Parlamento Europeu, independentemente do local de residência. O cidadão europeu que resida no exterior poderá solicitar proteção diplomática a qualquer Estado-parte da União se não existir no território do país onde viva missão diplomática do seu Estado de origem. O direito de petição aos órgãos comunitários, com a garantia da devida resposta, integra, igualmente, a cidadania europeia. O combate ao crime organizado, ao tráfico de drogas e à xenofobia, entre outros, ensejaram o aprofundamento da cooperação judiciária em matéria penal.

O Tratado de Amsterdã consolidou os tratados anteriores e deu especial atenção à cidadania europeia. A questão da legitimidade democrática, presente desde os anos 70 no debate europeu, voltou à baila na década de 1990, em virtude do aumento das competências das instituições comunitárias. Atento a essa problemática, o Tratado de Amsterdã ampliou os poderes do Parlamento em matéria de codecisão. A democracia, as liberdades fundamentais, os direitos humanos e o Estado de direito

constituem os valores que a União deve realizar. O Conselho de Ministros, após ouvir o Parlamento, poderá determinar a suspensão de certos direitos do Estado que violar tais princípios. O mecanismo da cooperação reforçada, previsto em 1997, viabilizou a conclusão, por número limitado de Estados, de acordos parciais, em nítido reconhecimento de que a União caminha em velocidades variadas.

O Tratado de Nice de 2001 legitimou o Parlamento para propor ação de nulidade dos atos comunitários e para solicitar parecer prévio ao Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade de um acordo internacional com os tratados que regem o funcionamento da União. A competência do Tribunal de Primeira Instância foi ampliada para abranger as ações de responsabilidade e de nulidade por omissão. O grande desafio com que se defrontavam os líderes europeus era, contudo, preparar o alargamento da União para incorporar os antigos países comunistas, que pertenciam ao domínio soviético. A implantação de regimes democráticos e a adoção da economia de mercado foram os requisitos cumpridos pelos dez Estados que aderiram ao bloco europeu em 2004. Paralelamente, a Declaração de Laeken de 2001 salientou o propósito de se superarem definitivamente as divisões do segundo pós-guerra.

O Tratado Constitucional da União Europeia, firmado em Roma em 29 de outubro de 2004, fixa as competências exclusivas e concorrentes da União, além de conter uma carta de direitos fundamentais. A UE terá personalidade jurídica de direito internacional e será representada por um presidente, com mandato de dois anos e meio, com direito a reeleição, escolhido pelos 25 países e aprovado pelo Parlamento europeu. Haverá, pela primeira vez, um ministro das Relações Exteriores, que exercerá o cargo de vice-presidente da União. Intensificou-se a cooperação no campo da defesa ao se estipular a solidariedade em caso de ataque terrorista e catástrofe natural ou humana. Impedem-se os vetos nacionais em domínios como política de imigração e asilo. As decisões do Conselho de Ministros serão tomadas, pelo menos, por 55% dos países, correspondendo a 65% da população. Até 2014 cada país tem o direito de indicar um comissário. A partir daquela data, a Comissão

será composta por 18 membros, escolhidos com base em uma rotação igualitária. O número máximo de deputados do Parlamento Europeu não ultrapassará 750, com um máximo de 96 e um mínimo de seis por país. Cada Estado disporá de um prazo de dois anos para adaptar o seu ordenamento jurídico à nova Constituição.

A UE dispõe de uma arquitetura institucional complexa, delineada para enfrentar os desafios que o aprofundamento da integração propõe. Ela reproduz, em linhas gerais, o quadro orgânico das Comunidades Europeias, constituído por cinco órgãos: O Conselho, o Parlamento, a Comissão, o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Contas, que asseguram a cooperação nos três pilares em que a União se organiza. A este arcabouço institucional os Tratados de Maastricht e Amsterdã acrescentaram nova instância deliberativa: o Conselho Europeu, que exerce o papel de órgão de cúpula da União.

Desde os anos 60, encontros periódicos entre os líderes europeus estabeleciam, em nível intergovernamental, as metas que Bruxelas iria perseguir. Esse expediente evitava a aplicação da regra de maioria, critério normalmente utilizado para as decisões comunitárias. Antes mesmo que o Ato Único de 1986 institucionalizasse o Conselho Europeu, a Cúpula de Paris de 1974 reconheceu a sua importância. Aborda, com frequência, temas que extrapolam a esfera comunitária propriamente dita. Com o passar do tempo, diminui a relevância decisória do Conselho de Ministros, que tinha, em princípio, posição central na estrutura comunitária. O Conselho Europeu define os objetivos da União, as orientações gerais que serão efetivadas nos vários domínios. Atua, com maior vigor, no primeiro e no segundo pilares ao ocupar-se de questões econômicas, de política externa e segurança comum. O mesmo não se verifica no terceiro pilar, que trata da cooperação judiciária em matéria penal. Fazem parte do Conselho Europeu os chefes de Estado e de Governo dos países pertencentes à União Europeia, os ministros das Relações Exteriores e os ministros da Economia e Finanças nas reuniões sobre a união econômica e monetária, além do presidente da Comissão. As reuniões ocorrerão, pelo menos, duas vezes ao ano; a presidência do

Conselho Europeu ficará a cargo do chefe de Estado ou de Governo que presidir o Conselho das Comunidades, a quem cabe a representação externa da UE.

A denominação Parlamento Europeu decorre da redesignação da antiga Assembleia, órgão comum às três Comunidades. O Parlamento é composto atualmente por 626 deputados, escolhidos por sufrágio universal, a cada cinco anos. Até 1976, os eurodeputados eram escolhidos por via indireta, mediante indicação dos Legislativos nacionais. A primeira eleição direta teve lugar em 1979, após a alteração do sistema eleitoral em vigor desde os anos 50.

A liberdade de expressão, indispensável para o exercício da função parlamentar, é protegida pela imunidade penal, excetuada apenas em caso de flagrante delito. Os eurodeputados dispõem, no território de origem, de imunidades tão extensas quanto à dos parlamentares nacionais. Qualquer indivíduo, independentemente do local onde residir, poderá participar das eleições na condição de mero eleitor ou de candidato a uma vaga no Parlamento. O número de deputados varia de acordo com a população de cada país, o que garante maior representatividade aos Estados mais populosos. A sede do Parlamento é a cidade de Estrasburgo, onde acontecem as sessões plenárias; as comissões parlamentares reúnem-se em Bruxelas e a Secretaria funciona em Luxemburgo, sob a coordenação de um secretário-geral.

Os deputados representam os povos europeus e não os Estados, razão pela qual os partidos políticos internos, ao participar das eleições europeias, influenciam a dinâmica decisória de Estrasburgo. A instituição do sufrágio universal, na década de 1970, fortaleceu a posição daqueles que defendiam uma esfera de competência mais ampla para o Parlamento Europeu.

O Ato Único de 1986 avançou, nesse sentido, ao exigir que o Parlamento fosse ouvido antes que o Conselho celebrasse acordos de associação com terceiros Estados. De forma análoga, reforçou-se a cooperação com vistas à adoção de posições comuns. A codecisão, prevista pelo Tratado de Maastricht, confirma a tendência inaugurada pelo Ato Único, que

acompanhará os debates posteriores sobre a modificação dos Tratados comunitários. O Parlamento exerce controle sobre a Comissão e o Conselho. O dever imposto à Comissão de apresentar-lhe um relatório geral de atividades é, na realidade, desprovido de efeitos concretos, dada a impossibilidade de modificar os atos já praticados.

De maior significado, porém, é a competência concedida ao Parlamento para aprovar o orçamento, inicialmente elaborado pelo Conselho. Estrasburgo pode, também, solicitar explicações orais ou escritas aos membros da Comissão e do Conselho, que estão obrigados a fornecê-las. O controle político parlamentar ocorre, igualmente, por intermédio da moção de censura aos membros da Comissão. Ela deve ser apresentada por proposta de pelo menos um décimo dos deputados e aprovada por maioria de dois terços, ocasião em que tem lugar a demissão coletiva dos comissários.

Em certos casos, a manifestação do Parlamento, por meio de um parecer, é requisito necessário para que se complete a atividade normativa do Conselho. O parecer é obrigatório sobre determinadas matérias, entre as quais figuram a cidadania europeia, a política agrícola comum, a livre circulação dos serviços, a harmonização legislativa e a conclusão de acordos com terceiros Estados. Em outras hipóteses o Parlamento limita-se a exprimir uma opinião sobre a oportunidade do ato sem qualquer efeito vinculante. Não obstante, a intervenção parlamentar é condição imprescindível para a legitimidade do ato.

É necessário esclarecer, antes de tudo, a diferença entre o Conselho Europeu – foro de cúpula da União Europeia e responsável pelas orientações de caráter geral –, do Conselho de Ministros, principal instância decisória no âmbito comunitário, a quem incumbe, entre outras funções, a coordenação das políticas monetárias internas. O Tratado de Bruxelas de 1965, no afã de reduzir as despesas oriundas da manutenção do complexo aparato institucional, previu a existência de um único Conselho para as três Comunidades. O Conselho de Ministros é um órgão colegiado de representação dos interesses estatais, diversamente das demais instâncias

comunitárias que representam os cidadãos europeus. Os seus membros são indicados pelos diferentes governos conforme critérios de conveniência e especificidade da matéria a ser discutida, independentemente de consulta aos demais Estados. Reúne-se periodicamente a pedido do presidente, de algum dos integrantes ou da Comissão. Bruxelas é a sede do Conselho, onde são normalmente realizadas as reuniões, salvo nos meses de abril, junho e outubro, quando são transferidas para Luxemburgo. Cada Estado exerce a presidência por um período de seis meses, segundo a ordem decidida pelo Conselho. As decisões são usualmente tomadas por maioria, exceto se houver a previsão de critério diverso. A cooperação e a codecisão com o Parlamento requerem, entretanto, maioria qualificada de acordo com um sistema de ponderação em que Estados como a Alemanha, França, Reino Unido e Itália possuem maior peso no processo decisório. Apesar de ser reservada pelos tratados institutivos às situações de maior relevância, a unanimidade é utilizada em todas as votações.

O Conselho participa ativamente no processo legislativo comunitário. A concretização dos objetivos contemplados nos tratados originários não se verifica sem a edição de normas obrigatórias para os Estados, que conformam o chamado direito derivado. São regulamentos, decisões e diretivas que criam as condições para o avanço da integração. A produção normativa é o resultado da colaboração de vários órgãos. A Comissão goza, via de regra, do poder de iniciativa que se traduz em propostas dirigidas ao Conselho, que só excepcionalmente delibera independentemente de proposta da Comissão.

A Alta Autoridade da Ceca, de evidente caráter supranacional, serviu de modelo para a Comissão Europeia, assim batizada desde 1965. Com sede em Bruxelas, a Comissão é um órgão colegiado, que prima pela defesa dos interesses comunitários, em nítido contraste com a função do Conselho de Ministros de representação individual dos Estados. A indicação do presidente da Comissão precede a escolha dos comissários, após a concordância unânime dos governos em torno da figura que ocupará este cargo. O nome escolhido deve ser objeto de aprovação pelo Parlamento

Europeu, o que sucede, também, com a indicação dos demais comissários, fato que revela a crescente importância de Estrasburgo na estrutura institucional comunitária. Até 1º de maio de 2004 havia 20 comissários: os cinco países mais populosos, Reino Unido, França, Itália, Espanha e Alemanha indicavam dois comissários e os demais países apenas um. Com a adesão de dez novos membros à UE, em 1o de maio de 2004, o número de comissários elevou-se a 30. Com a posse dos comissários, em novembro de 2004, a Comissão conta com 25 membros, um para cada país. Com a adesão à UE da Bulgária e Romênia, o número de Estados será de 27. Nesse momento, o Conselho, por deliberação unânime, determinará o número máximo de comissários, que será inferior a 27 e as nacionalidades serão definidas por um sistema de rotação entre todos os países.

A garantia de independência, condição necessária para que os comissários cumpram as suas funções, impede o recebimento de instruções por parte dos governos nacionais, bem como proíbe o exercício de qualquer outra atividade profissional, remunerada ou não. A desobediência a tais deveres pode acarretar a demissão compulsória dos comissários e a perda de outros benefícios a que façam jus depois de terem deixado o cargo. As decisões são tomadas pelo voto favorável da maioria absoluta dos membros.

Os trabalhos da Comissão orientam-se pelo ideal de assegurar o funcionamento e o desenvolvimento do mercado comum. Esta tarefa torna-se possível graças, sobretudo, ao direito comunitário derivado, a partir da colaboração de vários órgãos. As decisões, regulamentos e diretivas, juridicamente qualificados como atos complexos, resultam de propostas endereçadas pela Comissão ao Conselho, a quem cabe decidir sobre a sua aprovação. Antes que o Conselho delibere em caráter definitivo, é obrigatória a consulta ao Parlamento, que opinará sobre a conveniência e oportunidade da medida. A Comissão exerce, também, papel crucial na execução do direito originário, cabendo-lhe velar pelo cumprimento dos tratados institutivos das Comunidades Europeias. Importa ressaltar, por outro lado, que representa as Comunidades no nível interno dos Estados-membros, podendo adquirir ou alienar imóveis, além de estar em juízo. No

campo das relações internacionais a conclusão de tratados com outros Estados é atribuição do Conselho, mas cabe à Comissão cuidar das negociações e dos contatos com a Organização das Nações Unidas e as demais organizações internacionais.

Tribunal de Contas destina-se a efetuar o controle das metas orçamentárias. Criado em 1977 com a função de órgão auxiliar, a sua importância aumenta com o Tratado de Maastricht, que o inclui no arcabouço institucional comunitário. Com sede em Luxemburgo, o Tribunal de Contas é composto por 15 membros escolhidos entre pessoas que revelem notória competência para a função e que apresentem garantia de independência, não se subordinando às instruções dos governos nacionais. Após o alargamento da UE em 2004, cada país indica um membro para um mandato de seis anos, renovável por idêntico período. O princípio da inamovibilidade veda qualquer iniciativa tendente a remover os membros das funções que ocupavam antes do término do respectivo mandato.

O Tribunal de Contas examina se os órgãos comunitários cumpriram as previsões de gastos constantes do orçamento. Deve, para tanto, informar o Parlamento e o Conselho sobre a legalidade das despesas contraídas no exercício financeiro anterior. A cada ano o Tribunal de Contas prepara um relatório sobre a movimentação financeira registrada no período que é enviado aos órgãos comunitários, antes de ser oficialmente publicado. O Tribunal goza, ainda, de competência para elaborar, *ex officio*, relatórios especiais sobre questões relevantes, podendo emitir parecer a pedido dos órgãos que compõem a estrutura comunitária.

A criação do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, com sede em Luxemburgo, corresponde a uma tendência que se cristaliza no decorrer do século XX: a instituição de cortes judiciárias internacionais para assegurar a eficácia das normas jurídicas. A Corte Permanente de Justiça Internacional e a sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça, deram início ao processo de crescente jurisdicionalização dos conflitos, que rapidamente se expande e se diversifica em várias áreas. O Tribunal do Mar, a Corte Europeia e Interamericana dos Direitos Humanos e, mais recentemente, o Tribunal

Penal Internacional atestam a proliferação das normas de julgamento, com consequências profundas para a estrutura do direito internacional.

O Tribunal de Justiça Europeu situa-se nessa tradição, com a especificidade de que o seu papel consiste em interpretar e aplicar os tratados no âmbito comunitário. A fiscalização e o controle eram, em princípio, as funções essenciais do tribunal, justificadas em virtude da competência restrita conferida ao Parlamento. Com o passar do tempo, interpretações criativas, de cunho finalístico, impulsionaram a integração e contribuíram para definir o sentido e alcance das regras que os órgãos comunitários elaboram. Nos momentos em que a desconfiança predominava e que a paralisia decisória ameaçava o projeto europeu, o Tribunal de Justiça, com uma visão prospectiva, fixou o rumo que a integração deveria perseguir.

O Tribunal de Justiça julga, em última instância, as causas propostas e as decisões que profere obrigam as partes em conflito. Ele é independente em relação aos Estados-membros e às demais instituições comunitárias. Atua orientado pelo propósito de manter íntegra a ordem jurídica da Comunidade, razão pela qual não lhe cabe manifestar-se sobre questões de interesse exclusivo dos Estados-membros. A ausência de hierarquia entre o direito comunitário e as ordens jurídicas nacionais não permite a anulação de leis e atos administrativos adotados no plano doméstico dos Estados. Não existe, de forma similar, a possibilidade de revisão das medidas internas que contrariarem as normas comunitárias. Esta faculdade, exercida pela Suprema Corte ou pelo Tribunal Constitucional nos Estados federais, não encontra paralelo na Comunidade Europeia. Efetua, todavia, controle indireto com a finalidade de sancionar o descumprimento dos tratados.

O Tribunal de Justiça possui competência ampla, que se estende à área internacional, administrativa, comercial, cível e trabalhista. Não são raras as oportunidades em que age como verdadeira corte constitucional, que busca preservar o espírito e a letra dos tratados fundadores. A pluralidade jurídica é garantida pela indicação de um juiz por cada Estado-membro. Integram atualmente o Tribunal 25 juízes e oito procuradores-gerais. A

escolha recai em pessoas que exibam todas as garantias de independência e que reúnam as condições necessárias para o exercício, nos respectivos países, das mais altas funções judiciárias, ou que sejam juristas de notória competência. O mandato tem a duração de seis anos, podendo haver a recondução por idêntico período. A renovação parcial do Tribunal, a cada três anos, evita mudanças bruscas, que afetem a continuidade da jurisprudência. A independência dos juízes apoia-se em um regime disciplinar específico e na imunidade de jurisdição para os atos praticados no exercício das funções que perdura mesmo após o seu encerramento. Já a imparcialidade resulta da previsão de numerosas incompatibilidades, que impedem a assunção de vínculos capazes de influenciar as decisões judiciais. Os procuradores-gerais, por outro lado, emitem pareceres nos processos que tramitam no Tribunal com o intuito de auxiliar a correta aplicação do direito. Devem revelar independência e imparcialidade, sem vínculos particulares de nenhuma espécie.

Os juízes escolhem, entre seus pares, um presidente, que terá mandato de três anos, renovável por igual espaço de tempo. O Tribunal reúne-se em sessões plenárias para deliberar acerca da alegação de questões prejudiciais e causas propostas pelos Estados e órgãos comunitários. Nas sessões parciais a Corte divide-se em grupos menores para debater e julgar demandas que não requerem a presença da totalidade dos membros. Todo processo é distribuído, previamente, a um juiz relator, a quem incumbe preparar um relatório com a descrição dos principais elementos de fato e de direito que possam interferir na decisão. Os julgamentos são secretos e as deliberações obedecem ao princípio da maioria, proibindo-se a fundamentação de votos dissidentes.

O Tribunal dispõe de competência contenciosa e consultiva. No primeiro caso, a Corte exerce o controle de legalidade dos atos que os Estados e as instituições comunitárias vierem a editar. Os Estados-membros, o Conselho e a Comissão podem pleitear a anulação dos atos praticados pelo Conselho e pela Comissão que não contiverem as formalidades exigidas, violarem os tratados celebrados ou caracterizarem desvio de poder. Os particulares

gozam do mesmo direito quando alguma medida atinge negativamente os seus interesses. Se não interpuserem recurso de anulação no prazo estabelecido, resta-lhes arguir a ilegalidade do ato, sob a forma de exceção, nos litígios contra a Comissão e o Conselho.

O comportamento inativo das instituições comunitárias, que deixam de agir para perseguir os fins que os acordos determinaram, é causa que justifica o recurso de omissão, concebido para corrigir a violação negativa dos tratados. Ele é admitido apenas quando tiverem transcorrido dois meses após a solicitação dirigida ao ente comunitário para que supra a falta que lhe foi imputada. O direito de agir estende-se, ainda, aos particulares que se sentirem frustrados em decorrência da omissão verificada.

É possível, igualmente, constatar que a violação dos tratados se deu em virtude de ato ou omissão dos Estados. A Comissão deve, em tal hipótese, por iniciativa própria ou a pedido dos Estados-membros, elaborar parecer fundamentado que registre a violação ocorrida. Mesmo que a Comissão não se pronuncie, é preciso que lhe seja dada oportunidade para se manifestar. O não acatamento da recomendação constante do parecer autoriza a Comissão e o Conselho a buscarem o Tribunal para corrigir a falta resultante da inação estatal. A decisão do Tribunal, que reveste caráter declaratório, exigirá que o Estado execute as medidas que efetivem o cumprimento da obrigação.

O julgamento dos processos que tramitam perante as cortes nacionais pressupõe, não raro, decisão prévia sobre a interpretação dos tratados, a validade dos atos dos órgãos comunitários e o entendimento, em situações determinadas, do alcance dos estatutos que regem a atividade dos organismos instituídos pelo Conselho. Nessa circunstância, é obrigatória a consulta ao Tribunal Europeu por parte das cortes nacionais de última instância e meramente facultativa aos tribunais inferiores. Esse mecanismo, conhecido como reenvio prejudicial, leva à aplicação uniforme do direito comunitário, essencial para eliminar os riscos de interpretações divergentes e eventualmente discrepantes. A uniformização, na verdade, é obtida apenas em parte, já que os tribunais inferiores não se sentem obrigados a utilizar o

reenvio.

O Tribunal de Justiça julga os litígios de natureza trabalhista entre as instituições comunitárias e seus agentes. Compete-lhe, também, apreciar as ações reparatórias movidas em função dos danos causados a terceiros pelas instituições europeias e pelos agentes que nelas trabalham. A competência do Tribunal deriva, às vezes, de cláusula compromissória inserida nos tratados internacionais, bem como nos acordos de direito público e de direito privado de que seja parte a Comunidade Europeia ou os Estados-membros. A Corte recebe, em número limitado de ocasiões, a atribuição de interpretar o estatuto dos órgãos criados pelo Conselho.

A competência consultiva, pelas características que assume, apresenta grande importância no contexto europeu da atualidade. Os órgãos comunitários poderão solicitar parecer ao Tribunal sobre a legalidade dos tratados celebrados com Estados ou organizações internacionais. Apesar de ser facultativa esta solicitação, a opinião do Tribunal vincula as instâncias que buscaram o parecer e impede a prática de atos que lhe sejam contrários.

17. A Organização Mundial do Comércio – OMC

O Acordo de Bretton Woods, firmado em New Hampshire, nos EUA, em julho de 1944, lançou as bases da ordem econômica internacional do segundo pós-guerra. Três grandes problemas precisavam ser enfrentados: a eliminação de desequilíbrios sistêmicos pela interrupção dos pagamentos externos, o auxílio às nações devastadas pela guerra e a ordenação das relações comerciais sob a égide do multilateralismo. Decidiu-se criar, em Bretton Woods, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento, com papéis complementares. A missão do FMI é garantir a estabilidade cambial, impedindo que eventuais crises na balança de pagamentos dos Estados favoreçam a imposição de restrições ao comércio internacional. Já o Banco Mundial atua, sobretudo, na concessão de empréstimos para financiar projetos de infraestrutura de médio e longo prazo nos países em desenvolvimento. Restava definir a instituição encarregada de ordenar as relações comerciais e pôr termo ao protecionismo comum no período entre as duas guerras mundiais.

A Conferência de Havana, realizada em 1947, pretendeu criar a Organização Internacional do Comércio (OIC), instituição que completaria o arcabouço institucional da ordem econômica do segundo pós-guerra. A OIC jamais entrou em funcionamento, pois o Congresso dos EUA recusou-se a apreciar o acordo que a constituiria, temendo comprometer a soberania

norte-americana. A superação desse inconveniente veio somente quando 23 países firmaram novo acordo, em 1947, utilizando o Capítulo IV da Carta de Havana, intitulado Política Comercial, que tratava das regras comerciais e das práticas tarifárias. Nascia o General Agreement on Tariffs and Trade (Gatt), com o objetivo de estimular o comércio por meio da redução e eliminação das tarifas alfandegárias. O mandato concedido ao Executivo dispensava a aprovação do Congresso dos EUA ao tratado que criou o Gatt.

O Gatt é um tratado que com o passar do tempo deu origem a uma organização internacional de fato, com secretariado estabelecido em Genebra e um diretor-geral que, em várias ocasiões, agiu com grande competência e imaginação na busca de solução para os impasses havidos durante as negociações. Ele permitiu tanto o entendimento sobre temas novos, ainda não regulados, quanto a aplicação das regras comerciais existentes. A diminuição das barreiras alfandegárias verificou-se em negociações comerciais multilaterais, que receberam a denominação de rodadas. A preocupação central das seis primeiras rodadas girou em torno da redução de tarifas sobre produtos industrializados. Durante a Rodada Tóquio, que transcorreu de 1973 a 1979, celebraram-se tratados específicos sobre outros temas, como subsídios, medidas antidumping e a comercialização de aeronaves civis. Os Estados, na ocasião, não se viam obrigados a participar de todos os acordos, o que acarretou a fragmentação do Gatt. A Rodada Uruguai, iniciada em Punta del Este, em 1986, terminou em 1994, em Marraquesh, no Marrocos, tendo criado a Organização Mundial do Comércio. As rodadas de negociação comercial promoveram sensível redução das tarifas, que caíram de 40%, em média, em 1947, para 5%, em 1994.

A OMC adotou os princípios e regras que inspiraram o Acordo Geral de Comércio e Tarifas, no final dos anos 40. A expressão Gatt 94 designa as regras elaboradas em 1947 acrescidas das alterações posteriores, bem como os resultados das rodadas de liberalização comercial e os tratados concluídos na Rodada Uruguai. Não existe, assim, solução de continuidade entre o Gatt e a OMC, mas indispensável aperfeiçoamento institucional.

Preservou-se a intenção de liberalizar o comércio internacional e combater o recrudescimento do protecionismo.

O Gatt proibiu, em situações normais, o uso de quotas e restrições quantitativas. A tarifa tornou-se o único instrumento de proteção admitido nas trocas comerciais. Não se devem confundir as tarifas consolidadas com as tarifas aplicadas. As primeiras expressam a obrigação que os países assumem de não elevar as tarifas acima de determinado patamar, enquanto as segundas aludem à tarifa efetivamente fixada, que varia conforme o perfil da política comercial executada. É patente em cada negociação comercial o empenho para a redução das tarifas consolidadas. A consolidação tarifária concluiu-se com a criação da OMC, quando todos os membros definiram, em listas específicas, o limite máximo que as tarifas atingiriam em cada setor. O imposto de importação varia de acordo com as conveniências e os interesses em jogo, mas, em qualquer caso, terá de respeitar o valor constante nas listas anexas ao Acordo. O Gatt apenas logrou alcançar o multilateralismo com o princípio da não discriminação, que estende a terceiros os benefícios aduaneiros conferidos por determinado governo. O art. I do Acordo Geral de Comércio e Tarifas previu, expressamente, a cláusula da nação mais favorecida,segundo a qual toda vantagem, favor, imunidade ou privilégio referentes a direitos aduaneiros deverão ser concedidos aos produtos similares comercializados com as outras partes contratantes. O princípio do tratamento nacional vedou o emprego de medidas que tratem de maneira diferenciada os produtos nacionais e os produtos importados. A proibição recai sobre a edição de leis e atos administrativos que elevem o preço dos produtos importados ou dificultem a sua comercialização no mercado doméstico.

A transparência, que se tornou regra fundamental no Gatt e na OMC, impõe aos membros o dever de informar, de forma ampla, o conteúdo da política comercial adotada. As medidas econômicas internas, como a concessão de subsídios a certo setor industrial ou a restrição ao ingresso de bens estrangeiros, extravasam o âmbito doméstico, afetando as exportações de outros países. Vigora, por isso, a obrigação dos membros da OMC de

publicar as leis, regulamentos, decisões judiciais e regras administrativas, que poderão repercutir nos fluxos internacionais de comércio.

Os idealizadores do Gatt estavam cientes de que a eficácia das regras dependia do estabelecimento de algumas exceções. O art. 20 consagrou as exceções gerais ao dispor que nada no Acordo deve impedir a adoção de medidas para proteger a moral pública e a saúde humana, animal ou vegetal; o comércio de ouro e prata; a proteção de patentes, marcas e direitos do autor; tesouros artísticos e históricos, recursos naturais exauríveis e a garantia de bens essenciais. A par das exceções gerais do art. 20, exceções específicas foram também previstas. É o caso das salvaguardas ao balanço de pagamentos que possibilitam a qualquer parte contratante restringir a quantidade ou o valor das mercadorias importadas de forma a salvaguardar sua posição financeira e seu balanço de pagamentos. As restrições permanecerão em vigor apenas pelo tempo necessário para resolver a crise. Quando o aumento das importações cause ou ameace causar grave prejuízo à indústria nacional, a parte contratante tem a prerrogativa de retirar ou modificar as concessões, determinando novas tarifas ou quotas. Estas medidas devem sempre ser aplicadas em caráter temporário. Os acordos regionais de comércio, que constituem exceção à cláusula da nação mais favorecida, foram disciplinados pelo art. XXIV do Gatt. Eles serão válidos quando recobrirem parte substancial do comércio e não contiverem direitos e regulamentos mais elevados ou restritivos do que aqueles que existiam antes da formação do acordo. Por fim, os trabalhos da Unctad contribuíram para a reforma do Acordo Geral e a introdução, nos anos 60, do princípio que instituiu tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento.

Após o êxito da fase inicial, o Gatt defrontou-se, na década de 1980, com o crescimento do protecionismo. As crises do petróleo de 1973 e 1979 acirraram as disputas pela conquista de novos mercados. O multilateralismo experimentou sérios reveses: as vantagens tributárias concedidas às importações de determinado Estado não se estendiam automaticamente às demais partes contratantes. Os governos escolhiam, na Rodada Tóquio,

quais tratados desejavam firmar. Formaram-se, no âmbito do Gatt, diferentes sistemas de direitos e obrigações. Os conflitos com os EUA, a CEE e o Japão avolumaram-se ameaçando a sobrevivência do sistema multilateral de comércio. A Rodada Uruguai foi convocada para fortalecer o multilateralismo e restringir as ações unilaterais que fragmentavam o Gatt.

Iniciada em 1986, em Punta del Este, a Rodada Uruguai prolongou-se até 1994 em virtude dos impasses surgidos durante as negociações. Do ponto de vista material, a Rodada Uruguai ampliou a competência do Gatt, ao produzir acordos sobre agricultura, têxteis, serviços, propriedade intelectual e investimentos relacionados ao comércio. Procurou-se compatibilizar as reivindicações dos países em desenvolvimento, que pleiteavam a redução dos subsídios agrícolas e a liberalização do setor têxtil, com a pretensão dos países desenvolvidos de concluir tratados multilaterais sobre temas como serviços e propriedade intelectual. A persistência dos subsídios agrícolas e a morosidade na liberalização do setor têxtil proporcionaram maiores benefícios às nações desenvolvidas. O mais auspicioso resultado da Rodada Uruguai foi a criação da OMC, que começou a funcionar em 1995. Primeira organização internacional do mundo pós-guerra fria, a OMC refletiu o fim da bipolaridade Leste-Oeste, a expansão das empresas globais, o aumento dos acordos regionais de comércio e a constante porosidade entre a vida internacional e a realidade interna dos Estados. Cerca de 23 Estados celebraram, em 1947, o Acordo Geral de Comércio e Tarifas. Mais de 100 Estados e territórios aduaneiros participaram da criação da OMC em 1994. O Gatt, por ser um tratado multilateral, possui partes contratantes; já a OMC, por ser uma organização internacional, dotada de personalidade jurídica e aparato institucional para o exercício das funções que lhe foram reservadas possui membros que são Estados ou territórios aduaneiros.

A Conferência Ministerial é o órgão supremo da OMC e dela fazem parte todos os membros. A representação é feita pelo ministro das Relações Exteriores ou pelo ministro do Comércio Externo. Dispõe da competência para decidir sobre qualquer matéria objeto dos acordos em reuniões que devem ocorrer, no mínimo, a cada dois anos. O Conselho Geral é o órgão

diretivo da OMC e é composto pelos embaixadores dos países-membros em Genebra ou por delegados enviados para este fim; reunir-se-á sempre que se fizer necessário. O Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) destina-se a dirimir disputas comerciais entre os membros da OMC. Regras próprias estabelecem o procedimento a ser seguido para a resolução de um conflito. Concebido para promover a eficácia dos acordos que se inserem no âmbito de competência da OMC, o Órgão de Solução de Controvérsias é composto pelos integrantes do Conselho Geral, que atuam em função específica. O Órgão de Revisão de Política Comercial examina periodicamente as decisões sobre questões comerciais dos membros da OMC e averigua se não houve violação aos acordos celebrados. A investigação realizada desenvolve-se em várias etapas, nas quais o membro investigado oferece as informações sobre as medidas internas que afetam o comércio internacional. É integrado pelos representantes dos membros da OMC em Genebra ou por delegados incumbidos dessa tarefa. O Conselho sobre o Comércio de Bens, o Conselho sobre o Comércio de Serviços e o Conselho sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio cuidam da implementação dos acordos específicos para essas áreas. Os Comitês e Grupos de Trabalho são criados pela Conferência Ministerial e atuam sob a supervisão dos Conselhos a que estão vinculados. Merecem destaque, entre outros, o Comitê sobre Comércio e Desenvolvimento, sobre Restrições por Motivo de Balanço de Pagamentos, sobre Comércio e Meio Ambiente e sobre Acordos Regionais de Comércio.

Existe um vínculo indissociável entre a globalização e a criação da OMC. A globalização, como processo que amplia a interdependência entre os Estados e que relativiza as limitações de espaço e de tempo para as interações econômicas, criou um mercado global que exige marcos regulatórios para o seu funcionamento. A instituição da OMC, no final da Rodada Uruguai, foi uma tentativa visando ao estabelecimento de macromodelos jurídicos para viabilizar a existência do mercado global. A OMC é, nesse sentido, um sistema de regras que organiza o mercado mundial, definindo os comportamentos lícitos e ilícitos e prevendo

mecanismos para garantir o cumprimento das normas que a compõem.

As regras internacionais não são emanações da consciência coletiva, nem refletem de modo direto o poder e o interesse dos Estados. Não decorrem, também, de forma necessária, da coincidência dos interesses e não são dados imanentes que surgem das necessidades da troca. As regras internacionais resultam de compromissos entre Estados que muitas vezes possuem interesses distintos. Como sistema de normas que disciplina o comércio internacional, a OMC visa reduzir a incerteza, a aumentar o grau de previsibilidade, a estimular a comunicação, difundindo, ao mesmo tempo, o conhecimento e a informação sobre o que é aceitável no relacionamento entre os Estados.

A OMC é um importante instrumento para a cooperação internacional e torna possível a concretização de projetos comuns. Ela se baseia no propósito de fomentar a liberalização comercial, compatibilizando a redução das barreiras alfandegárias e não alfandegárias com a busca do crescimento econômico, da melhoria da renda e do nível de emprego. Sob esse aspecto, o êxito da OMC depende não apenas dos benefícios funcionais que ela oferece, mas, sobretudo, da capacidade que demonstrar para converter o comércio internacional em fator capaz de assegurar maior justiça na distribuição dos benefícios gerados pela globalização.

A Rodada Uruguai permitiu a negociação de novas regras sobre a solução de disputas no plano do comércio internacional. Desejou-se impedir a ineficácia das normas pela ausência de mecanismos capazes de garantir o seu cumprimento. As medidas introduzidas aperfeiçoaram o sistema, possibilitando à OMC autorizar a suspensão de concessões tarifárias quando se verificar a violação dos acordos celebrados.

Esta é uma fonte de poder da OMC, já que ela está em condições de exigir a alteração das políticas comerciais incompatíveis com as regras que lhe incumbe fiscalizar. Com isso, a meta visada é neutralizar o poder e a influência dos principais Estados, fazendo que as suas políticas comerciais se ajustem ao que anteriormente foi decidido. O recurso ao consenso, como critério para adoção de novos acordos, auxilia a realização desse objetivo.

Apesar de a OMC ser uma organização intergovernamental na qual os empresários privados não têm participação direta no processo de tomada de decisões, são eles os principais beneficiários do sistema multilateral de comércio. Os agentes econômicos privados obtêm vantagens em virtude da negociação dos acordos comerciais pelos governos, podendo assim ampliar as exportações. Mediante a oferta de maior segurança e previsibilidade os agentes econômicos privados se beneficiam da disciplina criada pela OMC.

O novo mecanismo de solução de controvérsias da OMC tem três grandes características: abrangência, automaticidade e exequibilidade. A abrangência significa que ele recobre a violação de todos os acordos cuja fiscalização compete à OMC e que não existe nenhum outro instrumento para solução dos litígios em seu âmbito de atuação. A automatização refere-se ao fato de que as demandas propostas se submetem a estágios consecutivos, com limites temporais rigidamente estabelecidos, impedindo que determinado membro possa, indevidamente, retardar o processo. A exequibilidade, por sua vez, indica que a OMC dispõe da faculdade de obrigar os destinatários a cumprir as decisões tomadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias.

Uma das inovações mais importantes trazidas pela Rodada Uruguai foi a criação do Órgão de Apelação, que reforçou a juridicidade da OMC. Nesse sentido, a parte que se sentir prejudicada pelas recomendações constantes do relatório elaborado pelo Grupo Especial poderá recorrer ao Órgão de Apelação.

Produto da Rodada Uruguai, o Órgão de Solução de Controvérsias tem quatro funções: autorizar a criação de painéis, adotar o relatório elaborado pelos painéis e pelo Órgão de Apelação, supervisionar a implementação das recomendações sugeridas pelos painéis e pelo Órgão de Apelação e autorizar a suspensão de concessões comerciais para punir os países que violarem as regras da OMC. O mecanismo de solução de controvérsias, concebido na Rodada Uruguai, propiciou a criação de regras de julgamento que fortaleceram a juridicidade da OMC.

No decorrer do século XX o direito internacional conheceu grande

expansão das regras de julgamento em diferentes domínios. No plano comercial, a OMC registrou extraordinário avanço em relação ao Gatt ao instituir instrumentos que se destinam a garantir a eficácia das regras de conduta previstas nos diferentes acordos de liberalização comercial. É possível afirmar que além das regras de conduta, que definem os direitos e as obrigações dos membros, a OMC dispõe de normas de mudança, que indicam a competência dos órgãos encarregados da alteração das normas existentes, e de regras de julgamento, que evitam o desgaste das normas de conduta pelo seu reiterado descumprimento.

O sistema de solução de controvérsias da OMC apresenta indiscutível originalidade na esfera internacional.

O sistema de solução de controvérsias da OMC é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. É útil para preservar direitos e obrigações dos membros e para esclarecer as disposições dos acordos negociados em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público. Deverá ser dada preferência à solução mutuamente aceitável para as partes; se isto não for possível, buscar-se-á suprimir a medida. O recurso à compensação somente ocorrerá quando se revelar inviável a supressão da medida incompatível com os acordos da OMC. Por último, existe a possibilidade de o membro suspender, de maneira discriminatória contra outro membro, a aplicação de concessões ou o cumprimento de outras obrigações, desde que haja autorização do Órgão de Solução de Controvérsias.

O procedimento de solução de controvérsias se inicia com a solicitação de consultas, que precisará a questão a ser oportunamente esclarecida. O membro ao qual a solicitação for dirigida deverá respondê-la dentro de 10 dias, procedendo-se às consultas em prazo não superior a 30 dias. Se as consultas não produzirem a solução da controvérsia no prazo de 60 dias, a parte reclamante poderá requerer o estabelecimento de um grupo especial. Os pedidos de estabelecimento de grupo especial, formulados por escrito, indicarão se foram realizadas consultas e as medidas controvertidas, fornecendo breve exposição do fundamento legal do pedido. Os grupos

especiais considerarão as disposições relevantes de todo acordo ou acordos invocados pelas partes envolvidas na controvérsia. É imprescindível que os grupos especiais sejam compostos por pessoas qualificadas, por terem exercido postos na OMC ou na área comercial de algum membro ou, ainda, por serem especialistas em comércio internacional. Os nacionais de membros cujos governos sejam parte na controvérsia não atuarão, via de regra, no grupo especial que a analisar. Cada grupo especial contará com três ou cinco integrantes escolhidos pelas partes. Na falta de acordo entre elas, esta incumbência transfere-se ao diretor-geral, que nomeará os integrantes mais apropriados. Os integrantes dos grupos especiais atuarão a título pessoal e não como representantes de governos ou de uma organização. Os membros da OMC não lhes fornecerão instruções nem procurarão influenciá-los com relação aos assuntos que vierem a apreciar. Todo membro que tenha interesse concreto em um assunto submetido ao grupo especial e que tenha notificado esse interesse ao OSC terá, na condição de terceiro, oportunidade de ser ouvido e de apresentar comunicações escritas.

Nos casos em que as partes envolvidas na controvérsia não consigam encontrar uma solução mutuamente satisfatória, o grupo especial deverá apresentar suas conclusões em forma de relatório escrito ao OSC. Em tais casos, o relatório exporá as verificações de fatos, a aplicabilidade de disposições pertinentes e o arrazoado em que se baseiam suas decisões e recomendações. Com o objetivo de tornar o procedimento mais eficaz, o prazo para o trabalho do grupo especial, desde a data na qual seu estabelecimento e termos de referência tenham sido acordados até a data de divulgação do relatório para as partes, não excederá, em condições normais, a seis meses. Em casos de urgência, incluídos aqueles que tratem de bens perecíveis, a divulgação do relatório ocorrerá em três meses. Os grupos especiais poderão buscar informações em qualquer fonte relevante e consultar peritos sobre determinado aspecto da questão analisada. Se a parte suscitar questão de caráter técnico ou científico, é cabível a solicitação de relatório escrito a um grupo de peritos. O OSC adotará o relatório

elaborado pelo grupo especial dentro dos 60 dias subsequentes à sua distribuição aos membros, a menos que uma das partes decida apelar ou se o OSC decidir por consenso não adotar o relatório.

O OSC é um Órgão Permanente de Apelação, que recebe as apelações das decisões dos grupos especiais. O Órgão de Apelação é composto por sete pessoas, três das quais atuam em cada caso. Dele fazem parte indivíduos de reconhecida competência, com experiência comprovada em direito, comércio internacional e nos assuntos tratados nos acordos que a OMC fiscaliza. É proibido ao membro do Órgão de Apelação manter vínculo com qualquer governo e participar do exame de controvérsias que possam gerar conflito de interesses direto ou indireto. A apelação limitar-se-á às questões de direito tratadas pelo relatório do grupo especial e às interpretações jurídicas por ele formuladas.

O relatório do Órgão de Apelação será adotado pelo OSC e aceito sem restrições pelas partes, salvo se o OSC decidir por consenso não o adotar no prazo de trinta dias contados a partir da sua distribuição aos membros da OMC. O período compreendido entre a data de estabelecimento do grupo especial e a data em que o OSC examinar a adoção do relatório do grupo especial ou do Órgão de Apelação não excederá, normalmente, a nove meses quando o relatório do grupo especial não sofrer apelação, ou a 12 meses quando houver apelação.

Em reunião do OSC verificada nos 30 dias posteriores à data de adoção do relatório do grupo especial ou do Órgão de Apelação, o membro interessado informará como pretende implementar as decisões e recomendações do OSC. Se for impossível a aplicação imediata, o membro interessado disporá de prazo razoável para tanto. A compensação e a suspensão de concessões ou de outras obrigações são medidas temporárias disponíveis na hipótese de as recomendações e decisões não serem implementadas em prazo razoável. Se dentro dos 20 dias seguintes à data de expiração do prazo razoável não se houver acordado uma compensação satisfatória, a parte vencedora poderá solicitar do OSC autorização para suspender a aplicação de concessões ou outras obrigações em relação ao

membro derrotado na demanda. Referida autorização será equivalente ao montante dos prejuízos sofridos. A suspensão de concessões ou outras obrigações deverão ser temporárias e vigorar até que a medida considerada incompatível tenha sido suprimida, até que o membro que deva implementar as recomendações e decisões forneça uma solução para os prejuízos havidos ou até que uma solução mutuamente satisfatória seja encontrada.

Não obstante, após alguns anos de funcionamento, tal sistema revela certas debilidades que precisam ser superadas para elevar a sua eficiência. É interessante observar, em primeiro lugar, que o atual sistema de solução de controvérsias da OMC conferiu igualdade formal às partes que litigam. Esta situação contrasta com a desigualdade real entre os litigantes, pois os países desenvolvidos estão em melhores condições para suportar os custos provenientes de uma demanda. Além disso, os países em desenvolvimento carecem, em geral, de competência técnica para propor demandas perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. De forma similar, a jurisdicionalização do procedimento de solução de controvérsias reduz a margem de negociação diplomática.

Em segundo lugar, é necessário aperfeiçoar o sistema de escolha dos componentes dos grupos especiais. Verifica-se com frequência grande dificuldade na obtenção de acordo com relação aos membros sugeridos pelas partes para integrar o Grupo Especial. Nesse caso, cabe ao diretor-geral proceder a tal indicação, o que, sem dúvida, poderá provocar a diminuição do que lhe é mais característico, a credibilidade.

Os casos apreciados pela OMC tendem a ser cada vez mais complexos, envolvendo a análise de mais de um acordo. É comum surgirem questões procedimentais de difícil resolução e, em inúmeros casos, é indispensável solicitar o parecer técnico de especialistas. Seria conveniente, por isso, criar um corpo permanente de painelistas como requisito necessário para garantir a qualidade das decisões que vierem a ser tomadas. O aumento da litigiosidade na OMC não poderá ser enfrentado se não houver maior apoio por parte do Secretariado e a instituição de um corpo permanente de

painelistas.

Outra questão que deve ser mencionada em relação ao mecanismo de solução de controvérsias da OMC diz respeito à participação das organizações não governamentais. A propósito, convém lembrar que a OMC é uma organização intergovernamental, o que significa que as organizações não governamentais não têm acesso ao Órgão de Solução de Controvérsias. Ultimamente, porém, tem sido admitida, em certas ocasiões, a participação das ONGs como *amicus curiae*, permitindo-se que elas se manifestem sobre assuntos que se inserem no seu âmbito de atuação. Os países desenvolvidos têm reivindicado maior participação das organizações não governamentais no sistema de solução de controvérsias da OMC.

Se, por um lado, este pleito poderia conduzir à maior transparência do OSC, por outro, haveria sensível diminuição da margem de manobra para que certos acordos viessem a ser celebrados. Cabe advertir, também, que a maior parte das ONGs se encontra nos países desenvolvidos, fato que poderia redundar em prejuízo para os países em desenvolvimento. Esta consideração não retira a importância de maior visibilidade do OSC, que surge hoje como um imperativo impostergável. Não se deve esquecer, contudo, que a confidencialidade no âmbito do sistema de solução de controvérsias foi idealizada para estimular a conclusão de acordos capazes de realizar o interesse geral.

Uma das mais significativas deficiências apresentadas pelo OSC refere-se à divulgação de uma lista de produtos sobre os quais incidirá retaliação, mesmo antes da publicação da decisão de inconformidade. Esta circunstância, que se repetiu em várias oportunidades, como no caso das bananas e no contencioso entre o Brasil e o Canadá, é negativa para o desenvolvimento do comércio internacional.

O mecanismo de solução de disputas da OMC tem especial importância para o Brasil. Ao garantir a eficácia dos acordos multilaterais de comércio a sua utilização pode ensejar maior acesso ao mercado dos países desenvolvidos com o desmantelamento de barreiras injustamente criadas. A diplomacia brasileira, com grande competência, tem conduzido demandas

de inegável relevância para o país no âmbito da OMC.

O contencioso sobre a gasolina importada protagonizado pelo Brasil e pela Venezuela contra os Estados Unidos e a recente disputa com o Canadá revelam a perícia e o sentido de oportunidade da diplomacia brasileira na defesa do interesse nacional. Preocupado com a preservação do espaço comercial da Embraer no contencioso com a Bombardier, o Ministério das Relações Exteriores modulou a questão no bojo da globalidade do relacionamento entre o Brasil e o Canadá e procurou indicar como a posição brasileira deveria ser percebida no cenário internacional. A ampliação de contenciosos comerciais envolvendo produtos agrícolas ilustra a tendência de defesa de interesses vitais para o Brasil, que têm impacto direto no aumento das nossas exportações. Referidos contenciosos podem, além disso, atestar a ocorrência de uma verdadeira mudança qualitativa das demandas propostas na OMC, que, em virtude da *cláusula da paz*, não analisou, desde a sua criação, demandas sobre temas agrícolas.

O uso adequado do sistema de solução de controvérsias da OMC é fator decisivo para possibilitar às exportações brasileiras o acesso a novos mercados e, desse modo, propiciar maiores vantagens no processo de inserção do país no novo cenário internacional. Nesse contexto, pode servir como instrumento auxiliar para garantir a ampliação do acesso aos mercados externos e estimular o aumento das nossas exportações. Como uma das principais conquistas da Rodada Uruguai, o sistema de solução de controvérsias da OMC constitui notável avanço quando comparado às regras que regulavam a resolução de litígios no antigo Gatt. Apesar das deficiências que apresenta, o atual mecanismo de solução de controvérsias da OMC celebra a vitória do direito sobre a força e é de extrema valia para potências médias como o Brasil, que necessitam de instituições para gerir a interdependência de um mundo globalizado.

18. A solução pacífica de controvérsias internacionais

O art. 1 da Carta da ONU incluiu a solução pacífica de controvérsias entre os propósitos da Organização das Nações Unidas. Nesse sentido, o art. 33 determinou que as partes em uma controvérsia, que possam vir a constituir ameaça à paz e à segurança internacionais procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais ou a qualquer outro meio pacífico à escolha.

As negociações diplomáticas são o modo mais tradicional de prevenção e solução dos litígios internacionais. Cabe ao diplomata, na qualidade de negociador, perceber e identificar os interesses comuns que aproximam os governos e, a partir deles, construir o consenso. O diálogo aberto é necessário para afastar ambiguidades e eliminar desconfianças, fatores indispensáveis para a superação das desavenças.

O costume internacional disciplina as negociações diplomáticas, que podem intervir em qualquer fase do processo de solução de controvérsias. É normal que a busca de entendimento, mediante negociações diretas, anteceda o uso de expedientes mais sofisticados para resolver determinada pendência, mas nada impede que negociações paralelas se desenrolem após a instauração de outro meio de solução de litígios. A solicitação de consultas e o pedido de informações são atitudes corriqueiras em qualquer negociação.

Dois fatos importantes afetaram, no período recente, as negociações diplomáticas. Com o advento das organizações internacionais, as negociações coletivas ganharam indiscutível relevo, passando a contar com grande número de participantes. Os Estados se movem, para obter êxito, em configurações variáveis, sem alinhamentos fixos, conforme a diversidade dos interesses em causa. Os contatos bilaterais entre os soberanos para prevenir a eclosão de conflitos ou para pôr fim a guerras já decretadas foram, no passado, as únicas formas conhecidas de negociação. No cenário internacional do presente, as negociações bilaterais não desapareceram, mas tendem a ter papel menos relevante que aquele desempenhado pelas negociações coletivas no âmbito das organizações internacionais. Além disso, é digno de nota que alguns tratados pretenderam regular as negociações, estabelecendo prazos e prevendo as consequências jurídicas para o comportamento das partes. Determinado lapso temporal é fixado para que a parte contrária responda ao pedido de consultas, findo o qual o reclamante poderá requerer a instalação de um painel, como acontece na Organização Mundial do Comércio.

Quando as negociações ainda não se iniciaram ou por qualquer razão vieram a paralisar-se, a intervenção de terceiros, por meio dos bons ofícios, ajuda a aliviar as tensões, evitando que a relação entre os contendores se agrave a ponto de se converter em franca hostilidade. Prática antiga, referendada pela tradição, os bons ofícios de há muito se integraram ao direito internacional. Pertencem ao repertório de expedientes para aproximar os Estados, possibilitando condições propícias para que outras formas de solução de divergências sejam desencadeadas.

Os interessados na resolução de uma pendência, Estados, organizações internacionais ou indivíduos, notáveis pela sua reputação e prestígio, podem oferecer bons ofícios, que necessitam da aquiescência dos litigantes, sob pena de caracterizarem intromissão indevida nos assuntos de outros Estados. Os próprios contendores têm a faculdade de solicitar a terceiros a oferta de bons ofícios, que se resumem, às vezes, no empenho pessoal de um estadista ou do secretário-geral da ONU, para engajar as partes em

negociações diplomáticas. Em outros casos, é oferecido um local neutro para que as partes se reúnam, como aconteceu com a cidade de Paris, que sediou as negociações entre americanos e vietnamitas durante a guerra entre os EUA e o Vietnã do Norte nas décadas de 1960 e 1970.

A mediação, diferentemente dos bons ofícios, é modalidade de intervenção de terceiros, em que as partes, de comum acordo, escolhem o mediador, cuja função é sugerir medidas para encerrar o conflito. A indicação do mediador pressupõe, antes de tudo, a concordância das partes; por isso mesmo, o mediador é capaz de propor soluções mutuamente aceitáveis. O papel do terceiro, nos bons ofícios, é criar um ambiente favorável para que as negociações caminhem. Na mediação, a interveniência do terceiro é mais profunda: o mediador, convencido do acerto da sua decisão, tenta influenciar as partes a aceitar a conduta proposta, mas não pode impor, pela força, a via por ele escolhida. Vários documentos internacionais contemplaram a mediação, merecendo destaque, entre eles, o Tratado Interamericano sobre a Mediação e a Arbitragem de 1936, o Pacto de Bogotá de 1946 e o Protocolo sobre Comissões de Mediação, Conciliação e Arbitragem firmado em 1959 pelos países da Organização da Unidade Africana.

A controvérsia entre Estados origina-se, às vezes, em fatos não suficientemente esclarecidos. O exato dimensionamento do dano ambiental e a verificação das circunstâncias em que ocorreu o ataque e o consequente naufrágio de uma embarcação em alto-mar reclamam investigação atenta e minuciosa, que só os especialistas podem desenvolver. O inquérito é procedimento específico, levado a cabo por indivíduos com notória competência técnica, para elucidar fatos que irão ensejar o início de outros procedimentos, como a conciliação e a arbitragem. Trata-se de etapa preparatória que antecede procedimentos mais aperfeiçoados de solução de controvérsias. As comissões de inquérito são mais comuns que as investigações efetuadas por especialista único. Os seus integrantes são, normalmente, funcionários governamentais ou membros de organizações internacionais, não se lhes exigindo a imparcialidade.

A conciliação revela sensível avanço em relação às formas anteriores de solução de litígios. Praticada no período entre guerras, a sua difusão foi mais intensa na segunda metade do século XX. Visa, essencialmente, esclarecer fatos e fazer recomendações, compreendendo, ao mesmo tempo, as características do inquérito e da mediação, revestidas de maior formalismo. O procedimento começa com a instituição da comissão de conciliadores, composta geralmente por três ou cinco pessoas. Cabe-lhe a missão de elaborar as regras que regem os trabalhos da comissão e que regulam a apresentação das provas e a fixação dos prazos para o cumprimento das suas atividades. O relatório final avalia os fatos investigados e contém as recomendações que se pretende ver acolhidas.

A conciliação obrigatória, prevista pelo Anexo Único da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, constituiu-se em inovação relevante, repetida por diversos tratados posteriores. Previu-se procedimento automático, que passou a coexistir com a conciliação facultativa, empregada no direito internacional. O Estado, desejoso de instaurar a conciliação, notificará, por escrito, o seu intento à parte contrária, que dentro de 60 dias deverá indicar o conciliador ou os conciliadores a partir de uma lista mantida pelo secretário-geral da Organização das Nações Unidas. Se a parte não indicar os conciliadores ou se estes não elegerem o presidente, o secretário-geral da ONU o fará procedendo à escolha entre os nomes que compõem a lista sob sua guarda ou entre os integrantes da Comissão de Direito Internacional. Este procedimento foi aprimorado pelo Anexo V da Convenção de Viena sobre o Direito do Mar. Algumas convenções, como o Tratado sobre a Proteção da Camada de Ozônio e o Tratado sobre a Diversidade Biológica, reposicionaram a conciliação, que deixou de ser modalidade antecessora de procedimentos mais complexos, para se tornar instância derradeira, utilizada quando todos os demais meios fracassaram, inclusive o apelo à Corte Internacional de Justiça.

A negociação e o informalismo são as notas dominantes dos meios diplomáticos de solução de litígios. As formas tradicionais de solução de controvérsias, que incluem a arbitragem e a criação de cortes judiciárias, têm

em comum a aplicação do direito ao caso concreto. O árbitro e o juiz não são negociadores, não dão conselhos ou fazem exortações, mas interpretam os fatos com base nas normas jurídicas. As cortes judiciais internacionais são permanentes, prolongam-se no tempo, após cada decisão proferida. O Estatuto da Corte Internacional de Justiça consagra regras procedurais, de cumprimento obrigatório, que os acordos bilaterais não modificam. Sem a mesma continuidade temporal, a arbitragem perdura até o instante em que os árbitros resolverem a questão controvertida. Os Estados desfrutam de ampla liberdade, sendo os únicos responsáveis pela eleição das regras para resolver a disputa. A arbitragem é um meio de solução de conflitos entre Estados e organizações internacionais, por intermédio de árbitros escolhidos pelas partes, com fundamento no direito internacional. A divergência entre dois Estados, entre um Estado e uma organização internacional, ou entre duas organizações internacionais enseja, em numerosas oportunidades, o recurso à via arbitral. A arbitragem ora antecede ora sucede a ocorrência do conflito. Na primeira hipótese, é comum inserir em tratados bilaterais ou multilaterais uma cláusula, intitulada cláusula arbitral ou compromissória, segundo a qual as disputas que envolvam a interpretação e aplicação de qualquer dispositivo, resolver-se-ão por arbitragem. A cláusula em apreço dispõe para o futuro, regula situações evidentemente incertas. Ela é particularmente útil nos acordos que versam temas econômicos, dada a elevada probabilidade de desentendimentos sobre o seu conteúdo. A estipulação da cláusula arbitral não dispensa a celebração do compromisso quando estiver em causa definir o teor da convenção.

É de se registrar, nos últimos tempos, a conclusão de tratados especiais, que impõem a arbitragem para a solução dos conflitos. A arbitragem passa a ser o método preferido para resolver quaisquer litígios e não apenas aqueles pertinentes a certo tratado. O compromisso, condição para que o tribunal arbitral se instale, é, excepcionalmente, afastado por algumas convenções, como o Ato Geral de Arbitragem de 1928.

Situação diversa tem lugar quando as partes, após a eclosão do conflito, deliberam submetê-lo à arbitragem, celebrando tratado específico com esta

finalidade. O compromisso a ser firmado conterá a qualificação das partes, o nome dos árbitros e dos respectivos substitutos, o objeto do litígio, com a descrição minuciosa dos fatos controversos, bem como as regras que regerão a instalação e funcionamento do tribunal arbitral. É conveniente, também, especificar o local onde os árbitros se reunirão, o pagamento das despesas, o prazo para as decisões interlocutórias e finais, a admissibilidade de recursos e a guarda dos documentos. É fundamental explicitar as normas processuais e materiais que orientarão a atividade dos árbitros.

A escolha do direito aplicável é questão crucial em qualquer arbitragem. Entre as alternativas possíveis encontram-se a determinação precisa das regras aplicáveis, a referência ao art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça ou aos princípios do direito internacional. A precisão das fontes normativas da arbitragem contribui, em larga medida, para o bom desenvolvimento dos trabalhos. Em alguns casos, os Estados concedem aos árbitros poder para decidir *ex aequo et bono*, guiando-se exclusivamente pelo senso de justiça, sem se vincular a regras previamente estabelecidas. O art. 28 do Ato Geral de Arbitragem permite a decisão por equidade, quando se comprovar lacuna no direito internacional. As partes podem, ainda, autorizar o tribunal arbitral a elaborar as regras que governem o procedimento e o mérito dos litígios. O tribunal analisa e interpreta a real extensão da competência que lhe foi atribuída. Deve, contudo, manter estrita fidelidade ao compromisso. Os árbitros deliberam acerca dos limites da sua competência, mas não podem ultrapassar os poderes que o compromisso lhes outorgou.

No passado, era frequente designar-se árbitro único, em geral o soberano de um Estado. Este fato raramente se repete na atualidade. O tribunal arbitral constitui-se com a designação, pelos Estados, de um ou dois árbitros que, por sua vez, escolherão o presidente. Na ausência de indicação do árbitro ou dos árbitros ou, ainda, se não houver acordo para a escolha do superárbitro, esta tarefa competirá ao secretário-geral da ONU ou ao presidente da Corte Internacional de Justiça. A arbitragem termina com a sentença arbitral, documento escrito, redigido em forma jurídica, que

aprecia os fatos e apresenta os fundamentos da decisão. As deliberações são tomadas por maioria de votos, havendo a possibilidade de opiniões dissidentes. A sentença arbitral é obrigatória e definitiva, possuindo autoridade de coisa julgada. As partes devem executá-la de boa-fé, não se admitindo a execução forçada, prática habitual no direito interno.

A indicação incorreta dos árbitros e o desrespeito a aspectos procedurais figuram entre os vícios extrínsecos que provocam a nulidade da sentença. Já o conflito de interesses, o excesso de poder e o erro de direito pertencem à categoria dos vícios intrínsecos que afetam diretamente a validade da decisão.

A obscuridade da sentença dificulta o entendimento e a existência de contradições internas afeta a sua eficácia. É cabível, por isso, o pedido para que o tribunal esclareça o exato teor do julgado, pondo fim a toda sorte de ambiguidade. O recurso de revisão não é usual; necessita estar previsto no compromisso, que o subordina à descoberta de fato novo, desconhecido à época em que a sentença foi proferida e que se mostre capaz de alterar-lhe o conteúdo.

Os horrores cometidos durante a Primeira Guerra Mundial fortaleceram o desejo de se criar uma corte judiciária internacional, de caráter permanente, com a função de resolver pacificamente as controvérsias. Estabelecia-se, com isso, vínculo estreito entre a preservação da paz e o respeito às normas jurídicas. O art. 14 do Pacto da Sociedade das Nações previu a criação da Corte Permanente de Justiça Internacional, que, entretanto, somente veio a ser de fato instituída por um Protocolo que entrou em vigor em setembro de 1921. Seus trabalhos se iniciaram em fevereiro de 1922, prolongando-se ininterruptamente até 1940, quando cessaram em virtude da Segunda Guerra Mundial. Com o término das hostilidades, a Corte Internacional de Justiça sucedeu a Corte Permanente de Justiça Internacional, que formalmente existiu até 1946.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ), que por obra da Carta da Organização das Nações Unidas pertence à estrutura da ONU, adotou o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, demonstrando a

profunda continuidade entre as duas instituições. Os julgados da CIJ aludem, reiteradamente, às decisões da sua antecessora. Ela é composta por quinze magistrados, eleitos para um mandato de nove anos, com a possibilidade de reeleição por idêntico período. Compete-lhe, exclusivamente, resolver disputas entre Estados relativas à interpretação e aplicação de quaisquer normas de direito internacional. A sede do tribunal localiza-se em Haia, na Holanda, onde devem ocorrer as reuniões.

Os juízes são eleitos, independentemente da nacionalidade, entre as pessoas de incontestável probidade moral e que reúnam as condições para o exercício, nos seus respectivos países, das mais altas funções judiciárias, ou entre jurisconsultos que possuam competência notória em matéria de direito internacional. A eleição é feita, no âmbito da ONU, pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança, sem o uso do direito de veto. Integram a CIJ, desde a sua criação, nacionais dos cinco Estados que detêm o *status* de membros permanentes do Conselho de Segurança. Dois nacionais de um mesmo país não podem, ao mesmo tempo, ser juízes da Corte. Buscou-se assegurar ampla representatividade, garantindo-se que os principais sistemas jurídicos estejam nela representados. Os membros da CIJ comprometem-se a ser imparciais, não se subordinando às orientações dos Estados nacionais. Beneficiam-se, igualmente, da inamovibilidade, pois somente a Corte desfruta da prerrogativa de lhes retirar a função.

A CIJ elabora o regulamento interno, dispondo sobre assuntos administrativos e o desenvolvimento geral dos trabalhos. Elege o presidente e o vice-presidente, indica o local das reuniões, que normalmente é a cidade de Haia, e permite a formação de Câmaras, em geral compostas por cinco juízes. A parte que demandar perante a Corte tem a faculdade de indicar, somente para aquele caso, na falta de magistrado que tenha a nacionalidade do demandante, um juiz que se encontre ou não entre os seus nacionais.

As organizações internacionais e os indivíduos não figuram como partes em processos na CIJ, cuja jurisdição abrange, unicamente, os conflitos interestatais. O início do processo pressupõe necessariamente o

consentimento dos Estados, que se manifesta de diferentes maneiras. Por declaração unilateral dirigida ao secretário-geral da Organização das Nações Unidas o Estado compromete-se a aceitar a jurisdição obrigatória da Corte, ao subscrever o seu Estatuto ou em qualquer momento posterior, sob condição de reciprocidade por parte de outros Estados. Esta declaração denomina-se cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, assim intitulada porque os Estados gozam de liberdade para fazê-la, mas uma vez feita estão obrigados a respeitá-la. Esse expediente, concebido para aumentar a adesão ao Estatuto da CIJ, enfrenta franco declínio, já que inúmeros países o recusam, inclusive o Brasil. É mais comum que as partes, configurada a controvérsia, decidam celebrar um compromisso, no qual se explicita o objeto do litígio e as normas de direito internacional a serem aplicadas. É possível a referência a uma convenção particular ou ao direito internacional geral.

Mesmo sem a emissão de declaração unilateral ou a conclusão de compromisso, um Estado pode propor demanda, que poderá ser alvo de contestação pela parte contrária. Nesse caso, a CIJ torna-se competente para conhecer o litígio e pronunciar-se acerca das pretensões formuladas. Convenções internacionais, sobretudo as que cuidam da codificação do direito internacional, contêm cláusulas que atribuem à CIJ competência para dirimir dúvidas sobre a interpretação e aplicação dos dispositivos que as integram.

A CIJ examina, em face da demanda que lhe é apresentada, se há, efetivamente, conflito de interesses passíveis de apreciação jurídica. Analisa, também, a presença do interesse de agir das partes, se foram esgotados os recursos internos e se há hipótese de proteção diplomática. O Estatuto da CIJ discrimina o procedimento a ser seguido, as fases escrita e oral que serão percorridas até o final do processo. Menciona que o inglês e o francês são as línguas oficiais de trabalho, utilizadas pelas partes e pelos magistrados. É prevista a concessão de medidas conservatórias quando o transcurso do tempo até o julgamento definitivo ameace comprometer a eficácia de alguma pretensão.

A CIJ delibera por maioria de votos, cabendo ao presidente o voto de desempate. A sentença relata os fatos controvertidos e aponta os motivos que fundamentam a decisão. Admitiu-se, na esteira do que acontece com os tribunais do *common law,* as opiniões individuais ou dissidentes. O juiz, que porventura acompanhou a maioria, é livre para ressaltar aspectos determinados da sentença, censurando eventualmente algum ponto em especial. Aqueles que dissentirem da decisão proferida poderão, em separado, manifestar a sua opinião, revelando as razões da divergência.

A sentença da CIJ é obrigatória, possuindo força de coisa julgada. As questões jurídicas decididas, apesar de se referirem aos litigantes, constituem precedentes de alcance geral. As decisões são definitivas, sem direito a recurso. Mas não está afastado o pedido de esclarecimentos quando o julgado contiver dúvida ou contradição interna. O respeito às decisões da CIJ é devido por todos os membros da ONU. O descumprimento do julgado enseja recurso ao Conselho de Segurança, que, em situações extremas, aplicará as sanções constantes no Capítulo VII da Carta da ONU. Não se registrou, até o presente, nenhum caso de execução forçada de sentença da CIJ em razão do direito de veto às deliberações do Conselho de Segurança.

Além da competência contenciosa, a CIJ tem competência consultiva, que se exerce sob a forma de pareceres preparados por solicitação da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança ou pelas organizações internacionais especializadas que fazem parte da Organização das Nações Unidas. A Corte avalia, com discricionariedade, se há uma questão jurídica que necessita ser esclarecida. O pedido de parecer visa aclarar a interpretação de dispositivos da carta constitutiva de uma organização internacional, precisar a extensão do poder dos órgãos internos e da própria organização, ou apreciar a licitude de certas despesas. O conflito entre o Estado e uma organização internacional será analisado, em parecer preparado pela CIJ, se houver expressa concordância nesse sentido.

A jurisprudência da CIJ contribui de maneira decisiva para o desenvolvimento do direito internacional. Lançou luz, como afirma

Dominique Carreau, sobre os mais diversos temas, entre os quais se incluem a interpretação dos tratados internacionais, definição do costume, o regime jurídico dos atos unilaterais, a formulação dos princípios gerais do direito internacional, o papel do indivíduo como sujeito do direito internacional, a precisão da personalidade jurídica das organizações internacionais, a responsabilidade internacional e a soberania dos Estados, a nacionalidade das pessoas físicas, jurídicas e dos navios, a delimitação do mar territorial e da plataforma continental.

19. Sucessão de Estados

O mundo assiste, desde o século XIX, a mudanças territoriais de vulto, que repercutem diretamente na conformação das relações internacionais. O término das duas guerras mundiais, o movimento de descolonização e a queda do muro de Berlim fizeram surgir ou desaparecer grande número de países. Antes disso, porém, importantes alterações territoriais ocorreram. A França perdeu, na guerra franco-prussiana, as regiões da Alsácia e Lorena, recuperadas com a celebração do Tratado de Versalhes em 1919. A unificação da Alemanha, em 1871, contribuiu para modificar a distribuição do poder político no interior da Europa. Após a Primeira Guerra Mundial a desintegração do império austro-húngaro provocou a independência da Áustria e da Hungria. A descolonização das décadas de 50 e 60 transformou as colônias europeias na África e na Ásia em novos Estados independentes. O fim da Guerra Fria proporcionou a reunificação alemã e a divisão de Estados como a União Soviética, a Iugoslávia e a Tchecoslováquia.

Estes fenômenos, que o direito internacional denomina sucessão de Estados, caracterizam-se pela mudança do titular da soberania sobre dado território. O antigo titular da soberania intitula-se Estado predecessor e o seu substituto é conhecido como Estado sucessor. A sucessão de Estados ocupa-se de ampla gama de questões, entre as quais se incluem a obrigatoriedade dos tratados firmados pelo Estado predecessor em relação ao Estado sucessor, a transmissão dos bens, arquivos e dívidas, bem como a nacionalidade dos habitantes do território que sofreu mudança de

soberania.

Esta matéria, regulada anos a fio por meio do costume, inseriu-se no horizonte de preocupações da Comissão de Direito Internacional, que aprovou, em 1974, um projeto de convenção sobre a sucessão de Estados em matéria de tratados. A conferência diplomática, especialmente convocada pela Assembleia Geral da ONU, adotou a Convenção de Viena sobre a sucessão de Estados em matéria de tratados, em 23 de agosto de 1978. Procurou-se, entre outras coisas, conceder tratamento particular aos problemas resultantes do processo de descolonização. Com base em projeto elaborado pela CDI, com o objetivo de completar o trabalho de codificação iniciado em 1978, a Assembleia Geral adotou, em 8 de abril de 1983, a Convenção sobre Sucessão de Estados em Matéria de Bens, Arquivos e Dívidas. As convenções de 1978 e 1983, a despeito do esforço realizado, não lograram codificar todos os aspectos que a sucessão de Estados envolve. As questões relativas à nacionalidade e à condição de membro de uma organização internacional, por parte do Estado sucessor, continuam a ser reguladas por via consuetudinária.

A sucessão de Estados é definida, nas convenções de 1978 e 1983, como a substituição de um Estado por outro na responsabilidade pelas relações internacionais de um determinado território. A substituição é a consequência de circunstâncias diversas, nas quais se verifica a cessão de parcela do território a outro Estado (sucessão parcial), a unificação de dois Estados para a formação de um terceiro, a separação de parte ou partes do território estatal para a formação de um ou vários Estados e a dissolução, que corresponde ao desaparecimento do Estado predecessor e a criação de dois ou mais Estados sucessores. Quando um Estado ganha e outro perde território a sucessão de Estados se consuma. Mas a mera transferência de território não é hábil para legitimar a sucessão. As modificações territoriais nascidas do uso da força não geram, em princípio, efeitos jurídicos internacionais. A validade da sucessão subordina-se, em última instância, ao respeito às normas de direito internacional. A ocupação pela Indonésia do Timor-Leste, antiga colônia portuguesa, e a tentativa de anexação do Kuait

pelo Iraque, em 1990, violaram as normas da Carta da ONU sobre o uso da força, razão pela qual não configuraram formas lícitas de sucessão de Estados.

A Convenção de Viena de 23 de agosto de 1978 não impõe a transmissão imediata de todos os direitos e obrigações na sucessão de Estados em matéria de tratados. O art. 2º esclarece que a Convenção indicará, em cada caso, quais os efeitos da transmissão dos direitos e obrigações. As regras nela contempladas aplicam-se somente às sucessões entre Estados, ocorridas após a sua entrada em vigor, que estejam em harmonia com a Carta da ONU. Os acordos firmados pelo Estado sucessor substituirão, para a área territorial em causa, os tratados de que o Estado predecessor seja parte. Os Estados de recente independência não se sentem obrigados a respeitar os tratados vigentes ao tempo da sucessão. Assiste-lhes, entretanto, o direito de pleitear, mediante notificação da sucessão, a qualidade de parte nos tratados multilaterais. A mera notificação não produzirá efeitos se a inclusão do Estado de recente independência vier a se revelar incompatível com o fim do tratado multilateral ou mudar radicalmente a sua execução, circunstância que exigirá a concordância das partes. Nos tratados bilaterais a sucessão concretizar-se-á apenas quando o terceiro Estado se manifestar favorável à pretensão de recente independência.

A transmissão dos direitos e obrigações prevalece nas hipóteses de unificação e separação de Estados. No caso de unificação, salvo estipulação em contrário, o Estado sucessor substituirá o Estado predecessor nos tratados por ele concluídos. Não é demais lembrar que os novos tratados terão validade, exclusivamente, para a área territorial objeto da sucessão. A continuidade dos tratados vigora, também, para as situações em que um ou mais Estados surgirem em função da divisão territorial de Estado existente. Já as controvérsias referentes à interpretação e aplicação dos dispositivos convencionais serão resolvidas, preferencialmente, por meio da negociação, ou, se necessário, pela conciliação. A Convenção aludiu, ainda, à possibilidade de que as partes recorram à arbitragem ou à CIJ, sem exigir

que tal suceda de forma obrigatória.

A Convenção de 1983 cuidou dos efeitos da sucessão de Estados sobre os bens públicos. A conclusão de acordo entre o Estado predecessor e o Estado sucessor é a via preferida para disciplinar a sucessão de bens quando se verifica a transferência de parte do território. Se nenhum acordo existir, caberão ao Estado sucessor os bens imóveis que se encontrarem na área sucedida e os bens móveis vinculados à atividade do Estado predecessor no território da sucessão. Regras específicas contidas nos arts. 16, 17 e 18 tratam, respectivamente, da unificação, separação e dissolução. A dívida pública não se transmite diretamente ao Estado sucessor. A experiência histórica das últimas décadas demonstrou que o Estado sucessor assume, por meio de tratados, parcela da dívida ou mesmo a totalidade dos débitos contraídos pelo Estado predecessor. O art. 154 do Tratado de Versalhes declarou que a França não era obrigada ao pagamento das dívidas alemãs referentes às regiões da Alsácia e Lorena. O Canadá aceitou, em acordo de 11 de dezembro de 1948, a totalidade da dívida de Terranova em libras esterlinas e de um terço da referida dívida em dólares, no instante em que se discutia a incorporação do território ao Estado canadense. O princípio dominante nesse campo afirma a responsabilidade do Estado pelas dívidas que contraiu, mesmo quando tenha sofrido diminuição territorial. A Convenção de 1983 dispõe que a mudança de soberania sobre parte do território importará na estipulação de acordo para fixar o montante do débito a ser transferido. Na falta de entendimentos, o Estado sucessor absorverá proporção equitativa da dívida. A formação de novo Estado, resultado do desmembramento de algum território, enseja a aplicação de critério idêntico, fato que se repete na hipótese de dissolução, em que os territórios remanescentes dão origem à constituição de dois ou mais Estados. Na unificação a dívida do Estado predecessor passa integralmente para o Estado sucessor.

A Convenção de Viena esclarece que acordo particular regulará a entrega dos arquivos nos casos de separação, dissolução e transferência parcial de território. Na ausência de acordo, a Convenção determina que somente

serão entregues os arquivos relacionados com a parte do território objeto de sucessão. O Estado sucessor receberá, em virtude da unificação, todos os arquivos que pertenciam ao Estado predecessor.

O absoluto respeito aos direitos privados, adquiridos antes da sucessão, encontrou irrestrito apoio na doutrina do direito internacional clássico. A Corte Permanente de Justiça Internacional, no julgamento de 10 de setembro de 1923, relativo aos colonos alemães na Polônia, decidiu que os direitos adquiridos em conformidade com as normas jurídicas em vigor não incorrem em caducidade devido à mudança de soberania. Esta visão mereceu críticas profundas nas décadas de 60 e 70 por parte de autores que consideravam o respeito aos direitos adquiridos incompatível com a natureza do processo de descolonização. Com o propósito de superar situações de notório desequilíbrio, inúmeros países executaram, após a independência, programas de nacionalização que afetaram as concessões das quais participavam empresas sediadas em antigas potências coloniais. Em certas ocasiões procurou-se, de forma amigável, resolver o conflito de interesses que esta situação engendrava. O governo de Zâmbia e a British South Africa Company, detentora da concessão sobre todos os minerais a serem descobertos naquele país, firmaram acordo no qual se previu a caducidade da concessão mediante o pagamento de quantia previamente ajustada. O Estado sucessor não tem, em relação aos atos jurisdicionais, o dever de garantir a execução das sentenças prolatadas pelos tribunais do Estado predecessor.

A mudança da soberania, decorrência da sucessão de Estados, repercute diretamente sobre a nacionalidade dos habitantes. A aquisição da nacionalidade do Estado sucessor tem lugar quando o Estado predecessor desaparece em virtude da anexação. Em outras situações, a perda de nacionalidade não ocorre de modo automático. Nas anexações parciais a convocação de plebiscito permite aos habitantes do território aceitar ou recusar a anexação. Já a opção concede aos habitantes o direito de escolher, em determinado prazo, entre a nacionalidade do Estado predecessor e a nacionalidade do Estado sucessor. O direito de optar entre a nacionalidade

italiana e a nacionalidade francesa foi garantida pelo Tratado de Paz de 1947, pelo qual a Itália transferiu à França os territórios de Tende e La Brigue.

A experiência internacional demonstra que o Estado sucessor não ocupa o lugar do Estado predecessor nas organizações internacionais. A condição de membro de uma organização internacional depende de pedido expressamente formulado, fato comum nas situações de divisão territorial, que não acarretam o desaparecimento do Estado existente. É o que sucedeu, como lembra Velasco, no caso do Paquistão em relação à Índia, de Cingapura em relação à Federação Malaia e de Bangladesh a respeito do Paquistão. A desintegração da URSS criou uma situação peculiar, que descumpre os requisitos de admissibilidade comumente em uso. A Federação Russa comunicou ao secretário-geral da ONU, no final de 1991, que substituiria a URSS no Conselho de Segurança, bem como nos demais órgãos e organizações do sistema das Nações Unidas, assumindo os encargos financeiros decorrentes dessa participação. A ONU houve por bem aceitar que a Rússia sucedesse a URSS com base no princípio da estabilidade das relações internacionais e na identidade dos elementos que propiciaram, em 1945, o reconhecimento da condição de membro à URSS, entre os quais merecem destaque o volume da população, o poderio militar e a extensão territorial. A Ucrânia e a Bielorússia apenas retomaram a condição de membros originários da ONU, mas as repúblicas que integravam a União Soviética tiveram que pleitear o ingresso na Organização das Nações Unidas. A República Checa e a República Eslovaca, nascidas da dissolução da Tchecoslováquia, e a Croácia, Bósnia-Herzegóvina e Eslovênia, que se separaram da Iugoslávia, foram admitidas na ONU sem suceder os Estados aos quais estavam originariamente vinculadas. O Estado produto da fusão deve solicitar admissão formal na ONU na qualidade de sucessor dos Estados que vieram a desaparecer. Algumas organizações internacionais, como a OMS, conferem o *status* de membro aos territórios que hajam adquirido independência, sem exigir nenhuma solicitação especial nesse sentido. A unificação das duas Alemanhas é considerada um caso incomum de unificação, pois só um Estado desapareceu (a RDA) e não houve a

formação de novo Estado. A República Federal Alemã comunicou a unificação às organizações internacionais de que era membro e notificou, ao mesmo tempo, a extinção da personalidade jurídica da RDA.

20.Reconhecimento de Estado e de Governo

O reconhecimento é o processo pelo qual um sujeito de direito internacional, normalmente um Estado, admite que lhe sejam opostas às consequências jurídicas decorrentes de uma situação ou de um ato em que ele não tenha participado. Desse modo, o Estado aceita que determinados fatos servirão de base para o estabelecimento de relações jurídicas válidas. O objetivo que norteia o reconhecimento reside no esclarecimento e na indicação dos efeitos jurídicos de certos acontecimentos para a vida internacional. Evita-se, com isso, a adoção de comportamentos contraditórios a respeito dos mesmos fatos o que, sem dúvida, contribui para a maior coerência e continuidade nas relações internacionais.

O direito internacional apresenta várias modalidades de reconhecimento: implícito ou expresso, unilateral ou coletivo, discricionário ou vinculado. Em geral, o reconhecimento se insere no âmbito da competência discricionária dos Estados, mas as organizações internacionais tendem, cada vez mais, a elaborar regras que o disciplinam. A importância do reconhecimento é, assim, indiscutível: a criação de um Estado, as mudanças políticas e territoriais que os afetam como as revoluções e golpes que alteram a normalidade institucional e provocam a substituição dos governantes, além de transformações territoriais, como os desmembramentos e fusões, refletem na dinâmica e conformação das relações interestatais. É por isso que os sujeitos de direito internacional

buscam, de alguma forma, influir na composição da sociedade internacional e nos acontecimentos que possibilitam o nascimento e as transformações políticas no interior dos Estados.

A concepção constitutiva do reconhecimento estatal, hoje em franco declínio, sustenta que o novo Estado só realmente se forma quando os demais Estados reconhecerem a sua existência. Esta tese, muito criticada em virtude dos vínculos que mantém com a legitimação política do colonialismo europeu, contraria o princípio da igualdade dos Estados, pois atribui aos Estados preexistentes posição de incontestável superioridade na verificação dos critérios que orientam a participação no sistema internacional.

A concepção declaratória, por outro lado, afirma que a criação de novo Estado não se subordina ao assentimento dos Estados que porventura existam. O reconhecimento visa, tão-somente a atestar a existência do novo Estado, não tendo caráter constitutivo. A existência do Estado é a decorrência natural da presença de três elementos: população, território e governo. A mera circunstância de que estes três elementos estejam reunidos é suficiente para revelar o nascimento de novo Estado. Desde 1936, o Instituto de Direito Internacional ressalta que a existência de um Estado não depende do reconhecimento dos demais Estados. No mesmo sentido, o art. 12 da Carta da Organização dos Estados Americanos estabeleceu que "A existência política do Estado é independente do seu reconhecimento pelos outros Estados".

O reconhecimento, segundo a concepção declaratória reveste caráter retroativo produzindo efeitos a partir do instante em que o Estado venha a se formar. A eventual recusa de reconhecimento não repercute na existência do Estado, já que ela requer o cumprimento de outros requisitos. Cabe observar, ademais, que o reconhecimento, por si só, não cria o novo Estado. A função que lhe compete é simplesmente, declarar que se encontram presentes os elementos constitutivos do Estado.

A relevância do reconhecimento é claramente percebida na ação dos novos Estados, que desejam obter ampla participação na sociedade

internacional. A explicação para esse comportamento está na circunstância de que o reconhecimento confere ao Estado ampla competência no relacionamento com seus pares. Em contrapartida, o Estado que não lograr reconhecimento é profundamente afetado pelos efeitos que este fato provoca. Pode estabelecer relações diplomáticas e concluir tratados apenas com os Estados que o tiverem reconhecido. Em princípio, o Estado não reconhecido goza da faculdade de pleitear o ingresso nas organizações internacionais, mas a oposição dos participantes, inclusive das grandes potências, pode impedir a concretização deste objetivo. Os tratados que vierem a celebrar limitar-se-ão a questões técnicas ou problemas que exijam resposta imediata.

O reconhecimento acarreta a aceitação da personalidade jurídica do novo Estado. Ocorre, em consequência, a possibilidade de que sejam oponíveis, nas relações bilaterais, todos os atos emanados em razão da competência que o direito internacional outorga ao Estado reconhecido. Na qualidade de ato discricionário, que obedece a critérios de interesse e oportunidade, o reconhecimento não é uma obrigação para os Estados. Analogamente não há um dever de não reconhecer o que acabaria por desvirtuar a liberdade que os Estados desfrutam por ocasião do reconhecimento. O reconhecimento incondicional é a regra nas relações internacionais, não obstante os Estados imponham condições para o reconhecimento em determinados casos, fato que se converte em poderoso instrumento de execução da política externa. O fim pretendido é a realização de propósitos que em situações normais não seriam atingidos. Apesar de merecer reprovação em alguns casos, que destacam a preocupação com a salvaguarda de interesses particulares, hipótese presente na atitude dos Estados Unidos em subordinar o reconhecimento do Panamá à aceitação da legitimidade dos direitos norte-americanos sobre o canal transoceânico, o respeito a certos valores, consagrados em tratados internacionais, é a condição exigida para o reconhecimento. Os países europeus, em 1991, deliberaram que somente reconheceriam os Estados que integravam o bloco soviético se houvesse o comprometimento

expresso com o respeito à Carta da ONU e outros documentos internacionais que previam a proteção dos direitos humanos e o recurso à solução pacífica dos litígios.

O reconhecimento de novo Estado, surgido em decorrência de um ato de força, que contrarie o direito internacional, não produz efeitos jurídicos válidos. Em 1931, o Japão ocupou a província chinesa da Manchúria, aí instalando novo Estado: o Manchuco. Esta atitude mereceu veemente condenação do secretário de Estado norte-americano Stimson que declarou, na oportunidade, que os Estados Unidos não reconheceriam o Estado artificialmente criado por ser contrário ao Tratado Briand Kellogg, celebrado em 1928, cuja função era a de proscrever o uso da força nas relações internacionais. A oposição do governo norte-americano, neste episódio, deu origem à doutrina Stimson que repudiava o reconhecimento derivado de um ato de força condenado pelo direito internacional. A Sociedade das Nações emprestou apoio à doutrina Stimson, ao adotar resolução que recomendava aos Estados o não reconhecimento de qualquer situação, tratado ou acordo que se opusesse às regras constantes do pacto da Sociedade das Nações ou ao pacto Briand Kellogg. A Sociedade das Nações não logrou êxito em fazer aprovar resolução condenatória da anexação da Etiópia pela Itália, em 1935, tal como ocorrera com a ocupação da Manchúria.

Em geral, o reconhecimento exprime-se por um ato jurídico inequívoco, que manifesta de forma clara o propósito de admitir a existência do novo Estado. Já o reconhecimento tácito decorre de atos ou fatos que implicitamente atestam a aceitação da personalidade jurídica de outro Estado. É o que se verifica, por exemplo, quando independentemente do reconhecimento expresso, dois Estados decidem estabelecer relações diplomáticas. Cumpre observar que o reconhecimento expresso pode assumir diferentes formas. Manifesta-se ora por nota diplomática, ora por uma declaração comum ou comunicado conjunto, ora, ainda, por tratado coletivo ou ato final de uma conferência que reúna a participação de vários Estados.

Apesar da grande proximidade que os vincula, o reconhecimento de Estado e o reconhecimento de governo resultam de circunstâncias diferentes. No primeiro caso, a independência ou o desmembramento suscita o problema relativo ao reconhecimento do Estado surgido deste processo. Na segunda hipótese, a questão central gira em torno dos efeitos que as mudanças políticas internas, como as revoluções e golpes, acarretam para as relações internacionais. No reconhecimento de governo não se cogita a existência do Estado, não se levanta dúvida sobre a personalidade jurídica que o caracteriza e que o torna sujeito de direitos e deveres na órbita internacional. Aqui, a preocupação recai nas consequências que a ruptura da ordem política doméstica produz para as relações interestatais. Duas doutrinas, ambas desenvolvidas na América Latina na primeira metade do século XX, abordam, sob óticas distintas, o reconhecimento de governo. A doutrina Tobar, exposta pela primeira vez em 1907, pelo ministro das Relações Exteriores do Equador, Carlos Tobar, apregoava que o reconhecimento de governos estrangeiros somente deveria ocorrer após a constatação de que obtiveram apoio popular. Este ponto de vista foi acolhido pelo Tratado sobre Paz e Amizade na América Central de 1907 e pela Declaração de Santiago, firmada pelos ministros das Relações Exteriores latino-americanos, em 17 de agosto de 1959. Na Venezuela dos anos 70, os presidentes Rômulo Betancourt e Raúl de Leoni negaram-se a reconhecer governos latino-americanos nascidos de golpes de estado, que promoveram a ruptura da ordem democrática.

A doutrina Estrada, cujo nome se deve ao seu formulador o secretário de Estado das Relações Exteriores do México, Genaro Estrada, encontra-se estampada em comunicado emitido pela chancelaria mexicana em 1930. Condenou-se, na ocasião, o comportamento pelo qual os governos estrangeiros se manifestavam sobre a legitimidade das autoridades internas. O México julgava inadequada a atitude de reconhecer governos estrangeiros, em razão deste fato representar ingerência nos assuntos próprios à outra soberania. Impedia-se, nesse sentido, qualquer pronunciamento que refletisse juízo de valor sobre o governo de país

estrangeiro. O México, contudo, reservava-se o direito de interromper as relações diplomáticas quando entendesse necessário. O princípio de não intervenção, consagrado no continente americano por James Monroe, em 1823, serviu, na realidade, como inspiração da doutrina Estrada, a qual espelhou, ainda, a turbulência da vida política mexicana das primeiras décadas do século XX, que alimentaram o temor de que outros países pudessem de alguma forma manifestar-se sobre a legitimidade dos novos governantes.

21. Os direitos humanos no plano internacional

Sirvo-me, como ponto de partida, da reflexão de Alexy que destaca cinco características principais dos direitos humanos:

1. *A universalidade*. Os direitos do homem são universais em relação aos seus titulares e destinatários. Os seres humanos são os únicos sujeitos com capacidade para exercê-los. Creio, diversamente de Alexy, que faltam razões plausíveis para não se atribuir aos grupos e comunidades a titularidade dos direitos humanos.

2. *Os direitos morais*. Alexy declara que a validade dos direitos morais independe da positivação efetuada pela norma jurídica. É necessário, simplesmente, que se verifique a validade moral da norma que os consagram. A norma vale, no plano moral, quando é suscetível de ser justificada racionalmente perante todos aqueles que a aceitam. Os direitos do homem são direitos morais sempre que puderem ser justificados em face dos indivíduos que os acolhem.

3. *Os direitos preferenciais*. Os direitos morais importam o direito à proteção por parte do ordenamento jurídico. Há, nesse sentido, um direito moral que postula sejam os direitos humanos reconhecidos e tutelados pelas normas legais. A garantia e eficácia dos direitos humanos têm o mérito de conferir legitimidade à ordem legal vigente. Esta circunstância assinala a posição de prioridade que os direitos humanos ocupam no quadro das normas jurídicas existentes.

4. *Os direitos fundamentais*. Os direitos do homem abrangem interesses e carências essenciais aos seres humanos. Estes interesses e carências precisam ser de tal sorte que o seu respeito possa ser fundamentado pelo direito. A fundamentabilidade explica a prioridade que desfrutam diante dos demais direitos contemplados pela ordem jurídica. Alexy ressalta que os interesses e carências são fundamentais quando sua violação ou não satisfação provocar a morte ou grave sofrimento dos indivíduos ou quando afetar o núcleo essencial da autonomia. Pertencem a esta categoria os direitos liberais clássicos bem como os direitos sociais que asseguram as condições mínimas de existência.

5. *Os direitos abstratos*. Os direitos do homem, por terem natureza abstrata, requerem algum tipo de limitação para que sejam aplicados aos casos concretos. Este fato pressupõe a ponderação entre os direitos em conflito, sugerindo a necessidade de se criar instâncias autorizadas a realizar ponderações juridicamente obrigatórias. O Estado, nesse contexto, é necessário não apenas como instância de concretização, mas, também, como instância apta a tomar decisões que efetivem os direitos humanos (1).

O art. 28 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 prevê que: "Todo homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados". Esta afirmação ressalta, em primeiro lugar, a importância da institucionalização dos direitos humanos para a ordem interna e internacional. Há, na realidade, um verdadeiro direito à institucionalização dos direitos humanos que abrange o âmbito doméstico e as relações externas.

Em segundo lugar, a ordem interna e internacional devem privilegiar certos valores considerados essenciais para a convivência coletiva. A realização desses valores confere legitimidade à ordem instituída. Trata-se, pois, de um direito a uma ordem específica que proteja e tutele os direitos humanos. Logo, a plena realização dos direitos humanos pressupõe regras e procedimentos que os institucionalizem. A institucionalização é, assim, condição necessária ainda que não suficiente para a proteção dos direitos

humanos.

Em terceiro lugar, este direito à institucionalização pertence a todos, sem distinção de raça, sexo ou religião. Ele é generalizável a todos os seres humanos, onde quer que se situem. Como tal, não se caracteriza por ser um privilégio atribuível a determinados indivíduos ou a algumas nações. É possível mesmo dizer que, com o passar do tempo, referido direito à institucionalização converteu-se em parte integrante da ordem pública internacional. O caráter de norma consuetudinária que possui atribuiu-lhe o sentido de norma imperativa, que vincula os indivíduos e governos.

O uso da expressão *direitos humanos* impõe, antes de tudo, um esclarecimento preliminar. A palavra direito pode ser usada em sentido fraco e em sentido forte. A primeira acepção designa a exigência de direitos futuros, ou seja, a proteção futura de certo bem. Já a segunda aponta para a proteção efetiva desse bem, a qual pode ser reivindicada perante os tribunais para reparar os abusos e punir os culpados (2). Esta observação é importante porque, antes de receber consagração nos textos constitucionais e nas convenções internacionais, os direitos humanos considerados essenciais para a convivência coletiva constituíam exigência de proteção futura de determinado bem.

A primeira exigência que originou a preocupação com o tema dos direitos humanos foi a tentativa de controlar o poder do Estado. Neste sentido, os direitos individuais aparecem como reação ao Estado absoluto que dominou a realidade europeia nos séculos XVII e XVIII.

O *Príncipe* de Maquiavel foi, na história do pensamento político, a primeira grande formulação do absolutismo, o qual teve a sua construção filosófica definitiva no *Leviatã* de Thomas Hobbes. Maquiavel assinala, em nítida ruptura com a herança antiga e medieval, que a ação política não se subordina aos mesmos critérios utilizados para a avaliação das condutas individuais. As noções de *virtù* e de razão de Estado enunciam uma nova forma de compreender a relação entre a moral e a política. Enquanto a *virtù* do governante consiste no senso de oportunidade para tomar as decisões necessárias visando à conservação do poder, a razão de Estado sugere que

os negócios públicos se submetem aos imperativos da preservação do governo, fato que não permite a sua apreciação segundo os juízos morais.

Hobbes, por sua vez, parte de uma concepção negativa da natureza humana, conforme a qual o homem é lobo do próprio homem. Antes da constituição da sociedade política os homens viviam em um hipotético estado de natureza, onde não havia governo nem direito.

A liberdade de tudo fazer e de tudo possuir, própria do estado de natureza, contrasta com a insegurança permanente representada pelo temor da morte violenta (3). Por intermédio do contrato social, os homens abandonam o estado de natureza e iniciam a vida em sociedade; alienam a liberdade que outrora desfrutavam em troca da segurança fornecida pelo Estado.

O soberano adquire o direito de determinar, em última instância, as regras que definem os comportamentos lícitos e ilícitos. Ele é, nessa condição, *legibus solutus*, ou seja, não se obriga a respeitar as leis que estabelece.

Em reação ao absolutismo, a filosofia jusnaturalista sustentou que o homem é titular de direitos inatos, válidos em qualquer tempo e lugar, independentemente da condição social ou situação geográfica. Para Locke, o grande inspirador do liberalismo moderno, a função do Estado é tão somente a de garantir a liberdade. Locke argumenta, fiel à tradição jusnaturalista, que a organização da sociedade política somente se justifica para permitir a preservação da liberdade natural, eliminando-se os obstáculos que ameaçavam a sua existência no estado de natureza (4).

As constituições liberais do final do século XVIII e começo do século XIX iniciaram a obra de positivação dos direitos individuais no interior dos Estados. Em princípio, esses direitos pretendiam apenas garantir a abstenção do Estado na esfera de ação individual. Com a institucionalização da liberdade de organização partidária e sindical criam-se as condições para a existência de um espaço público sem a interferência estatal.

No início do século XX, o reconhecimento dos direitos econômicos e sociais introduz um novo aspecto em termos de proteção aos direitos

humanos. Não se trata, agora, de garantir a liberdade em face do Estado, mas de reivindicar a sua intervenção com o fim de assegurar a repartição da riqueza socialmente produzida. Estas transformações situavam-se, entretanto, no interior dos Estados, não atingindo as relações interestatais.

Até a primeira metade do século XX, a proteção dos direitos humanos no plano internacional era feita pelo mecanismo das relações interestatais. Não havia órgão de implementação dos direitos humanos e os indivíduos não tinham capacidade processual no plano internacional (5). Com o passar do tempo esse mecanismo revelou-se insuficiente. A sua esfera de abrangência era limitada, beneficiando reduzido número de indivíduos.

A ausência de regras precisas nessa matéria conduziu, ainda, à prática de incontáveis abusos. Alguns países, sobretudo os mais poderosos, passaram a exigir dos demais Estados o respeito a padrões mínimos de proteção aos seus nacionais. O desrespeito a tais padrões foi a causa das chamadas intervenções humanitárias, comuns na segunda metade do século XIX.

A experiência dramática da Segunda Guerra Mundial proporcionou mudanças significativas no campo dos direitos humanos. Os horrores do conflito trouxeram à baila a necessidade de proclamar direitos e, também, de garantir a sua aplicação. O preâmbulo da Carta da ONU enfatizou a importância dos direitos fundamentais do homem, da dignidade do valor do ser humano, da igualdade de direitos dos homens e das mulheres, enquanto nada menos do que seis artigos da Carta referem-se expressamente aos direitos humanos. Os direitos humanos integram assim as finalidades da ONU e o desrespeito aos artigos que os consagram importa na violação da própria Carta das Nações Unidas.

O segundo pós-guerra foi caracterizado pela multiplicação e universalização dos direitos humanos. A proliferação dos direitos humanos ocorreu, segundo Bobbio, de três modos diferentes:

a) aumentou a quantidade de bens merecedores de tutela;

b) foi estendida a titularidade de alguns direitos a sujeitos diversos do homem; e

c) o homem não é mais visto como ente genérico, mas em razão da

especificidade que possui como criança, velho, doente etc.

Bobbio observa que em relação ao primeiro processo verificou-se a passagem dos direitos de liberdade – liberdade de religião, de opinião, de imprensa etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem a intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo processo ocorreu a passagem do indivíduo humano para sujeitos diversos do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas e mesmo a humanidade em seu conjunto, como se pode depreender do debate sobre o direito das gerações futuras. Com relação ao terceiro processo houve a passagem do homem genérico para o homem específico, classificado com base em múltiplos critérios de diferenciação (sexo, idade e condição física). Cada um desses aspectos revela diferenças específicas, que não podem ser tratadas da mesma maneira (6).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada e adotada em 10 de dezembro de 1948, iniciou a fase de positivação e universalização dos direitos humanos. Pela primeira vez na história, um sistema fundamental de princípios foi aceito pela maior parte dos Estados. Não apenas os cidadãos de um Estado, mas todos os homens, são destinatários desses princípios. Já a positivação significa que os direitos humanos, mais do que proclamados, devem ser garantidos contra todo tipo de violação (7).

Os trabalhos preparatórios da Declaração tiveram início em fevereiro de 1947 com o funcionamento da Comissão de Direitos Humanos da ONU. A Declaração foi, em princípio, concebida como a primeira parte de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que seria composto por novas convenções e medidas de implementação. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, não é um tratado, deixando por isso de vincular os Estados-membros da ONU. Este fato não impediu que ela exercesse profunda influência na elaboração de instrumentos nacionais e internacionais de tutela dos direitos humanos.

Longo caminho teve de ser percorrido até que a Assembleia Geral da ONU adotasse, em 1966, os Pactos sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. A Assembleia Geral mostrou-se,

inicialmente, favorável a um único pacto, que abarcasse ambas as categorias de direitos.

Em 1951 a Comissão houve por bem sugerir a adoção de um sistema de relatórios, cujo objetivo era permitir que os Estados-partes informassem acerca das medidas tomadas para a proteção dos direitos humanos. Da mesma forma, julgou-se oportuno regulamentar a apresentação de petições e protocolos separados com a finalidade de facilitar a ratificação dos pactos por parte dos Estados que não concordassem com a sua adoção. Nesse mesmo ano, decidiu-se pela elaboração de dois pactos: um sobre direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

A conclusão dos projetos de ambos os pactos ocorreu em 1954. A partir de então a Assembleia Geral iniciou um sistema de consultas aos diferentes governos sobre o teor das medidas sugeridas. As discordâncias residiram, sobretudo, em relação ao sistema de implementação adotado.

A delegação holandesa defendeu a combinação do sistema de relatórios com o das reclamações interestatais e o das petições individuais. O direito de petição justificava-se porque os Estados, nos relatórios periódicos, poderiam mencionar avanços no campo da proteção dos direitos humanos que não encontram amparo na realidade. Optou-se, finalmente, pela inclusão do direito de petição em um protocolo facultativo.

Em 16 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral adotou e abriu à assinatura, ratificação e acessão o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Protocolo Facultativo. O Pacto sobre os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e o Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos entraram em vigor em 1976, quando se completou o número mínimo de ratificações exigido.

No tocante às medidas de implementação, vale lembrar que tanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos quanto o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contemplaram um sistema de relatórios; somente o Pacto dos Direitos Civis e Políticos instituiu um Comitê dotado de competência facultativa para receber e encaminhar as reclamações que lhe fossem dirigidas.

O Protocolo Facultativo previu, também, a possibilidade de apresentação de petições individuais ao Comitê. A crítica que se tem feito ao Comitê ressalta que ele tem atuado mais como órgão de bons ofícios do que exercido funções de natureza judicial. Em dezembro de 1993, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos. A ONU concluiu, ainda, grande número de convenções e declarações relativas à proteção dos direitos humanos. Entre as convenções cabe destacar: Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952); Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (1960); Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948); Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes de Lesa-Humanidade (1968); Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Convenção Internacional sobre a Eliminação e a Punição do Crime de Apartheid (1973) (8).

Entre as Declarações merecem ser lembradas: a Declaração sobre os Direitos da Criança (1959); a Declaração sobre a Eliminação de Qualquer Forma de Discriminação Racial (1963); a Declaração que proíbe a Tortura, o Tratamento Cruel e Desumano (1975); a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação com base na Religião ou Crença (1981).

A proteção internacional dos direitos humanos registrou progressos consideráveis nas últimas décadas. Generalizou-se, em primeiro lugar, a consciência de que a proteção dos direitos humanos não se circunscreve ao âmbito interno dos Estados.

No passado, sustentava-se que a proteção dos direitos humanos pertencia ao domínio reservado dos Estados, únicos agentes encarregados de promover a sua tutela. Mas o caráter vago e impreciso da chamada competência nacional exclusiva contribuiu para elevar em demasia o grau

de discricionariedade dos governos nessa matéria.

Os Estados definiam o alcance e a extensão do domínio reservado, obedecendo à lógica de seus interesses conjunturais. Não havia critério ou procedimento capaz de conferir rigor a este conceito. Como resultado, as organizações internacionais reivindicaram o direito de estabelecer na prática os limites da noção de domínio reservado. Os direitos humanos tornam-se objeto de interesse internacional, que extrapola a competência exclusiva dos Estados.

Esta evolução somente foi possível graças à existência de mecanismos que permitiam a compatibilização e a prevenção de conflitos entre as jurisdições nacionais e a internacional (9). A proteção internacional dos direitos humanos assume sob esse aspecto função subsidiária, pois cabe aos Estados a tarefa de promovê-la no plano interno.

A atuação dos organismos internacionais tem início quando a proteção em causa se revelar falha ou deficiente. Dessa constatação derivou o princípio do esgotamento dos recursos internos antes de se recorrer à tutela prestada pelos órgãos internacionais.

Os tratados sobre direitos humanos contemplam, via de regra, dispositivos com a finalidade de harmonizá-los com o direito interno, facilitando a adesão e ratificação dos governos. São admitidas, desde que compatíveis com o objeto e os propósitos do tratado, as cláusulas de reserva e limitação ou restrição de certos direitos em situações de emergência. Tornou-se usual, também, inserir nos tratados cláusulas facultativas de reconhecimento da competência de órgãos de supervisão internacional para examinar petições ou comunicações individuais e interestatais, bem como de reconhecimento da jurisdição compulsória de órgãos judiciais de proteção dos direitos humanos (10).

Verificou-se, por outro lado, grande desenvolvimento dos métodos de implementação dos direitos humanos. Os indivíduos adquiriram capacidade processual para pleitear direitos na esfera internacional. As convenções internacionais sobre direitos humanos passaram a prever um sistema de petições individuais e interestatais.

Qualquer pessoa pode dirigir uma reclamação aos órgãos internacionais competentes, mesmo contra o seu próprio Estado. Já as petições interestatais constituem meios destinados a permitir a implementação das garantias coletivas, que beneficiam um grupo ou uma coletividade.

Esse sistema foi completado pela atribuição de capacidade de agir aos órgãos de supervisão criados pelos tratados de direitos humanos. Nos últimos anos cresceu vertiginosamente o número de órgãos incumbidos de proceder a tal supervisão, de que são exemplos, entre outros, o Comitê de Direitos Humanos previsto no Pacto das Nações Unidas sobre os Direitos Civis e Políticos, o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Cerd), estabelecido pelo Tratado para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, e o Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, instituído pelo Tratado para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (11). Estes organismos realizam investigações, requisitam informações dos governos e produzem relatórios que têm contribuído para corrigir práticas de violação dos direitos humanos.

Deve-se salientar, ainda, que a interpretação dos tratados sobre direitos humanos submete-se a critérios próprios, distintos dos que determinam a compreensão dos tratados bilaterais clássicos. O interesse das partes cede lugar às considerações de ordem pública como princípio que orienta o entendimento de suas cláusulas.

A ONU realizou em Viena, em junho de 1993, a Segunda Conferência Internacional de Direitos Humanos. Na oportunidade, duas posições marcaram os debates. Enquanto os EUA e as nações ocidentais sustentaram a universalidade dos direitos humanos, que deveriam sobrepor-se às soberanias nacionais, muitos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, liderados pela China, afirmaram o relativismo dos direitos humanos, que seriam a expressão dos valores ocidentais. Nesse sentido, conforme se alegou, nações com diferentes graus de desenvolvimento econômico e tradições culturais teriam concepções distintas dos direitos humanos.

Os EUA defenderam a posição segundo a qual nenhum país poderia, com base no relativismo, deixar de reconhecer e garantir os direitos humanos. A China e outros países em desenvolvimento ressaltaram que a definição dos direitos humanos precisa levar em conta as particularidades nacionais e os respectivos meios históricos, religiosos e culturais.

Ambas as posições contêm, cada qual à sua maneira, partes da verdade. Os universalistas têm parcela de razão quando acusam seus adversários de invocar o relativismo para impedir a interferência externa com o fim de evitar o extermínio das minorias étnicas, as torturas físicas e morais, as perseguições religiosas e a supressão dos direitos civis e políticos. Os relativistas, por sua vez, têm também parcela de razão quando acusam seus adversários de estabelecer restrições à imigração, de não se preocuparem com a situação econômica das nações atrasadas e de invocarem o tráfico de drogas como pretexto para intervir na soberania dos países subdesenvolvidos (12).

O documento final da Conferência, contemporizando as posições antagônicas, consagrou a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, enfatizando:

a) a universalidade dos direitos civis e sociais;
b) a universalidade dos direitos humanos;
c) o papel fiscalizador das entidades não governamentais;
d) a corresponsabilidade na promoção dos direitos fundamentais;
e) o desenvolvimento como condição para a manutenção da democracia.

Observou-se, ainda, que a comunidade internacional deve envidar esforços com o fim de reduzir o peso da dívida externa para os países em desenvolvimento, recomendando-se a ratificação sem reservas dos tratados sobre direitos humanos celebrados no âmbito das Nações Unidas.

No plano regional, foram mais significativos os êxitos obtidos na proteção dos direitos humanos. Cortes judiciais permanentes, instituídas na Europa e nas Américas, visaram garantir maior efetividade dos direitos contemplados pelos tratados internacionais. Elaborada sob o impacto dos

horrores da Segunda Guerra Mundial, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais foi assinada em 4 de novembro de 1950 e entrou em vigor em 1953, assinalando o início de nova fase na tutela dos direitos humanos, que as décadas subsequentes iriam consolidar. Pela primeira vez, houve a preocupação em se estruturar um aparato institucional capaz de dar efetividade ao conjunto de valores relativos à proteção da dignidade humana. O sistema apoiava-se em dois órgãos: a Comissão e a Corte Europeia dos Direitos Humanos. Como os indivíduos não tinham acesso direto à Corte, a Comissão examinava a pertinência das reclamações apresentadas pelos particulares e se a considerasse fundamentada levava o caso à apreciação da Corte Europeia dos Direitos Humanos. O Protocolo 11 de 1994 e o Acordo de 5 de maio de 1997 alteraram o arcabouço organizacional inicialmente concebido com o evidente propósito de aperfeiçoar o funcionamento do sistema. Suprimiu-se a Comissão e os indivíduos passaram a ter acesso direto à Corte Europeia dos Direitos Humanos.

Os países americanos decidiram celebrar, a 4 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José, cujas linhas gerais reproduziam a Convenção Europeia de 1950. O Brasil a ela aderiu apenas em 1992, mas ressalvou que não reconhecia a competência obrigatória da Corte, independentemente de acordo especial, em relação a todos os casos referentes à interpretação ou aplicação do texto convencional. Em 10 de dezembro de 1998, o Brasil reconheceu a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgar os fatos ocorridos a partir daquela data. À semelhança do que dispunha a Convenção Europeia, antes das modificações introduzidas em 1994, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos receberam a atribuição de verificar o cumprimento das obrigações convencionais, por meio de um procedimento que se desdobra em etapas sucessivas.

A Comissão compor-se-á de sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos

(art. 34). Os membros da Comissão serão eleitos a título pessoal pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, com base em uma lista de candidatos propostos pelos Estados. O mandato é de quatro anos com a possibilidade de recondução por idêntico período. O trabalho da Comissão abrange a formulação de recomendações, a realização de estudos, a solicitação aos governos nacionais de informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos, a resposta às consultas que lhe são dirigidas pelos Estados e a apresentação de um relatório anual à Assembleia Geral dos Estados Americanos.

Qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade governamental pode promover, perante a Comissão, denúncia acerca da violação dos dispositivos da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos. É preciso, entretanto, que certos requisitos sejam obedecidos, como, por exemplo, o esgotamento dos recursos internos, a apresentação da denúncia no prazo de seis meses a partir da data em que o presumido prejudicado tenha sido notificado da decisão definitiva e que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional. Aceita a denúncia a Comissão solicitará informações ao governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada podendo, inclusive, efetuar *in loco* as investigações necessárias. Se for inviável uma solução amistosa, a Comissão preparará um relatório com as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é composta por sete juízes, nacionais dos Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal entre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com os requisitos exigidos pelos ordenamentos jurídicos internos. Os juízes da Corte serão eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez. Se um dos juízes chamados a conhecer o caso for de nacionalidade de um dos Estados-partes, o outro Estado-parte no caso poderá designar uma pessoa de sua

escolha para fazer parte da Corte na qualidade de juiz *ad hoc*. A Corte, que tem sede em São José, na Costa Rica, goza da prerrogativa de realizar reuniões no território de qualquer Estado-membro da OEA se a maioria dos seus membros julgar conveniente e se o Estado respectivo expressamente consentir. Somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter uma questão à apreciação da Corte. Em caso de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte nos assuntos a ela submetidos, poderá adotar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos pela Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do direito ou liberdade violado. Determinará, também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

A Corte submeterá à Assembleia Geral da OEA, a cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as atividades que desenvolveu no ano anterior. Indicará, de maneira especial, os casos em que o Estado não tenha dado cumprimento às suas sentenças. A Corte decidirá por maioria e aos juízes que dissentirem do entendimento dominante reserva-se o direito de agregarem voto dissidente. A sentença é definitiva e inapelável. Se houver divergência sobre o seu sentido e alcance, a Corte resolverá a questão a pedido das partes. Além da competência contenciosa, a Corte tem competência consultiva exercida sempre que algum Estado lhe solicite parecer sobre a compatibilidade de suas leis internas com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Conflitos étnicos de grandes proporções tiveram lugar no território da antiga Iugoslávia, no início da década de 1990. Crimes de guerra, tentativas de depuração étnica e sucessivas violações do direito internacional humanitário marcaram, desde o início, o desenrolar das hostilidades. A Resolução 808, de 1993, editada pelo Conselho de Segurança com base no art. 39 da Carta da ONU, afirmou que a situação no território da antiga Iugoslávia constituía amea-ça à paz e segurança internacionais. Com o

propósito de pôr fim aos graves crimes cometidos e punir os culpados, o Conselho de Segurança decidiu criar um tribunal internacional para julgar os responsáveis pelas violações do direito internacional ocorridas a partir de 1o de janeiro de 1991. Solicitou, ao mesmo tempo, um informe ao secretário-geral da ONU para que indicasse o modo de estabelecer a referida corte. O secretário-geral propôs, para esse fim, que o Conselho de Segurança adotasse uma resolução no contexto do Capítulo VII da Carta da ONU, que trata dos casos de ameaça à paz, ruptura da paz e ato de agressão. A Resolução 827, de 1993, aprovou o Estatuto do Tribunal, criando as condições para o seu funcionamento. O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia surge, assim, como órgão subsidiário do Conselho de Segurança, informado pelo respeito ao devido processo legal e aos princípios da objetividade e imparcialidade.

O Tribunal recebeu competência para julgar os acusados de infringirem o direito internacional humanitário, em particular as quatro Convenções de Genebra de 1949, a quarta Convenção de Haia de 1907 e seu regulamento anexo, a Convenção sobre Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio e os princípios cristalizados nos julgamentos de Nuremberg. O Estatuto previu a supremacia do Tribunal em relação às cortes nacionais e consagrou o princípio do *non bis in idem*.

Os conflitos em Ruanda, em 1994, entre as etnias hutus e tutsis, causou cerca de 500 mil mortos e grande número de refugiados, que procuraram abrigo nos países vizinhos. Preocupado com as atrocidades perpetradas, o Conselho de Segurança criou o Tribunal Penal Internacional para Ruanda por meio da Resolução 955 de 8 de novembro de 1994. Instituído com fundamento no Capítulo VII da Carta da ONU, o Tribunal deveria contribuir para a manutenção da paz ao julgar os responsáveis pela violação das normas internacionais em Ruanda, bem como os cidadãos ruandeses que tenham praticado tais delitos em Estados vizinhos de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 1994. Em 22 de fevereiro de 1995, o Conselho de Segurança aprovou a Resolução 955 que designou a cidade de Arusha, capital da Tanzânia, como sede oficial da Corte. A competência *rationae materiae* do

Tribunal abrange o crime de genocídio, os crimes de lesa-humanidade, de que são exemplos o homicídio, o extermínio, a escravidão, a deportação, o encarceramento, a tortura, quando sejam praticados como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil por motivos políticos, religiosos, nacionais ou raciais e o art. Terceiro comum às Convenções de Genebra de 1949 e do Protocolo adicional II, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados não internacionais. Estabeleceu-se a responsabilidade dos superiores em relação aos atos praticados pelos subordinados quando estes sabiam ou tinham condições de saber que tais atos seriam praticados ou não tomaram as medidas necessárias para evitá-los. A prisão, inclusive a prisão perpétua, é a pena prevista para a punição dos delitos.

O processo de multiplicação e universalização dos direitos humanos colidiu, não raro, com a política de poder dos Estados, denunciando o contraste entre validade e eficácia das normas, entre o mundo abstrato das regras e o mundo concreto dos fatos. A ordem bipolar que organizou as relações internacionais durante quase cinquenta anos transformou os direitos humanos em arma ideológica na disputa que opôs o bloco ocidental liderado pelos EUA ao bloco oriental comandado pela União Soviética. Enquanto os EUA acusavam a União Soviética de desrespeitar as liberdades civis e políticas, esta frisava a importância dos direitos econômicos e sociais para a construção de uma sociedade justa e solidária.

A divisão ideológica impediu que a comunidade internacional punisse os governos que violassem os direitos humanos. As sanções econômicas aplicadas contra a Rodésia e a África do Sul foram excepcionais e ocorreram apenas devido à posição periférica que esses países ocupavam no cenário internacional.

Os direitos humanos estiveram, em muitos casos, a serviço dos interesses econômicos e estratégicos das grandes potências. A disparidade de tratamento em relação às violações dos direitos humanos em diferentes partes do mundo revela a existência de políticas seletivas, que flutuam ao sabor das conveniências, ora mobilizando esforços para pôr fim às

perseguições de minorias étnicas e religiosas e ao massacre de populações inteiras, ora exibindo a mais profunda indiferença perante esses acontecimentos. A passividade dos países ocidentais diante da situação dos "intocáveis" na Índia comprova claramente esse fato.

A seletividade decorre da combinação do comprometimento dos Estados com as normas de proteção dos direitos humanos, previstas nos tratados internacionais, com a política de poder que privilegia os seus interesses particularistas. Os governos procuram subordinar a preocupação com os direitos humanos ao cinismo da diplomacia realista. O egoísmo que a orienta traça, na prática, os termos dessa submissão. O realismo diplomático, repleto de meandros e sinuosidades caprichosos, não visa realizar interesses gerais, mas apenas a dilatar a margem de poder que cada Estado possui.

Há, ainda, outro fator que explica a inação dos governos quando são cometidas violações dos direitos humanos na esfera internacional. Vigora uma espécie de cumplicidade em relação ao Estado infrator, de tal sorte que mesmo aqueles que poderiam agir sentem-se paralisados pelo temor de que venham a sofrer a acusação de desrespeito aos direitos humanos.

Não obstante essas limitações, as últimas décadas testemunharam o aparecimento de um espaço internacional no qual os direitos humanos tendem a ser objeto de interesse geral. O espaço público internacional dos direitos humanos cristaliza-se a partir do final da Guerra Fria e do progresso das tecnologias da informação, que deu visibilidade imediata ao que se passa no interior dos Estados. A informação sobre a violência perpetrada contra lideranças civis, o assassinato de opositores do governo estabelecido e o extermínio de grupos étnicos circulam instantaneamente em todos os recantos do globo. A intimidade soberana é completamente devassada, obscurecendo a distinção entre a vida doméstica e a realidade internacional (13).

A internacionalização da vida doméstica dos Estados, convertida em motivo de debate e de preocupação de todos, é absolutamente inédita, sem paralelo nos períodos históricos precedentes. Os Estados não são os únicos

componentes do novo espaço internacional dos direitos humanos. Organizações não governamentais formam-se em nível transnacional, travando com o Estado relações de conflito e cooperação. A pressão das organizações não governamentais é decisiva para compelir os governos a adotar políticas de defesa dos direitos humanos. Cresce a consciência de que os direitos humanos envolvem responsabilidades compartilhadas entre instituições públicas e privadas.

A soberania deixa de ser vista como capa protetora para os governantes que cometem graves violações dos direitos humanos. O uso do princípio de não ingerência para acobertar crimes contra a humanidade é desacreditado, à medida que o direito de olhar parece servir de fundamento à ideia de responsabilidade sem fronteira.

Na vida internacional e na órbita doméstica existe um vínculo indissociável entre direitos humanos, democracia e paz. Sem a garantia dos direitos humanos não há democracia e sem democracia faltam as condições para a solução pacífica dos conflitos. A proteção dos direitos humanos no terreno internacional pode ser valioso instrumento para construção da democracia em dimensão cosmopolita (14).

A institucionalização internacional dos direitos humanos enfrenta, hoje, apesar dos avanços obtidos, importantes desafios. Em primeiro lugar, existe um nítido contraste entre a proliferação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos e a criação de instituições destinadas a garantir-lhes eficácia. As últimas décadas testemunharam o aparecimento de arranjos institucionais variados que facilitam o encaminhamento e a gestão dos assuntos internacionais nos mais diversos âmbitos de atividade. Os Estados, entretanto, relutam em oferecer às organizações internacionais os instrumentos necessários para lidar com a nova complexidade que surgiu. Verifica-se, desse modo, um descompasso entre as novas responsabilidades que as normas jurídicas delegam à comunidade internacional e a ausência de mecanismos capazes de assegurar a sua efetivação. Enquanto a expansão normativa e o desenvolvimento de inúmeras instituições outorgaram novas tarefas à comunidade internacional,

as políticas e procedimentos que se ocupam da aplicação das normas e do fortalecimento das instituições são, ainda, bastante incipientes.

Em segundo lugar, a institucionalização internacional dos direitos humanos requer a existência de normas secundárias, como é o caso das normas de julgamento, que instituem autoridades judiciais competentes para apurar e punir os delitos cometidos. O direito internacional clássico compunha-se, fundamentalmente, de normas primárias que previam direitos e obrigações aos Estados. Faltavam regras secundárias que constituíssem órgãos encarregados de alterar as normas vigentes e aplicar sanções aos comportamentos desviantes.

Foi por isso que Kelsen comparou o direito internacional ao direito das sociedades primitivas. O direito internacional encontrava-se, nessa perspectiva, em um estágio evolutivo inferior ao dos ordenamentos jurídicos nacionais. À centralização das ordens jurídicas nacionais correspondia a descentralização do direito internacional. Recentemente, porém, o direito internacional tem experimentado uma grande mudança representada, sobretudo, pela incorporação das normas secundárias.

Este fato é perceptível na formação dos blocos econômicos, especialmente da União Europeia, que se caracteriza pela criação de órgãos supranacionais, que receberam a missão de instituir e aplicar o direito comunitário. Não obstante, as normas secundárias no campo do direito internacional são reduzidas, restringindo-se a setores específicos.

A experiência europeia em matéria de institucionalização dos direitos humanos não se repetiu, com a mesma densidade, em outras regiões do mundo. O estabelecimento do Tribunal Penal Internacional simboliza um esforço notável de adensamento da institucionalização internacional dos direitos humanos, cuja repercussão poderá significar uma revolução copernicana no direito internacional. É preciso reconhecer, contudo, que a efetivação do Tribunal Penal Internacional é algo em aberto, que somente o futuro terá condições de comprovar.

Em terceiro lugar, a constituição de um espaço público internacional dos direitos humanos não dispensa a elaboração de instituições que expressem

o propósito da comunidade internacional de promover a tutela de determinados direitos diante da probabilidade de eventuais violações. Não é suficiente afirmar que os Estados, principalmente os mais poderosos, estão habilitados a agir em nome da comunidade internacional quando os direitos humanos são violados. É imprescindível a presença de instituições que indiquem quando e em que circunstâncias a ação da comunidade internacional é legítima. A mera referência ao fato de que o comportamento dos governos reflete, em dado momento, os interesses da opinião pública internacional não bastam para legitimar as campanhas militares empreendidas para defender os direitos humanos.

Em quarto lugar, a resistência, manifestada por vários países, em aceitar a universalidade dos direitos humanos é obstáculo ponderável para a sua institucionalização internacional. Afinal, em uma situação de predomínio do relativismo não teria sentido a institucionalização internacional dos direitos humanos. A realização de diálogos interculturais, que identifiquem constelações axiológicas comuns nas diferentes culturas, é a única forma apta a propiciar a consolidação dos elos sociais que definem, em última instância, a eficácia internacional dos direitos humanos.

Notas

1- Alexy, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo,* v. 217, p. 58 e ss. jul./set. 1999; cf. Alexy, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo,* v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

2- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 67.

3- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. New York: Washington Square Press, 1976. p. 88 e ss.

4- Locke, John. The second treatise of government: an essay concerning the true original, extent, and end of civil government. In: _______. *Two treatises of government*. 2. ed. Cambridge : Cambridge University Press, 1967. Chap. 7, p. 336-48.

5- Trindade, Antônio Augusto Cançado. A evolução da proteção internacional dos direitos humanos e o papel do Brasil. In: _______ (Ed.). *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional*: perspectivas brasileiras (Seminário de Brasília de 1991). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992. p. 25-40.

6- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Op. cit. p. 68; cf. Rangel, Vicente Marotta. Do homem à humanidade: o elemento fático no direito internacional. In: Lafer, Celso; Ferraz Júnior, Tércio Sampaio. (Coord.) *Direito política filosofia poesia*: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale em seu octogésimo aniversário. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 403-11; cf. Rangel, Vicente Marotta. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e o seu vigésimo aniversário. *Problemas Brasileiros*, São Paulo, v. 6, n. 70, p. 3 -14, 1969; cf. Poppovic, Malak el C.; Pinheiro, Paulo Sérgio. Pauvreté, droits de l'homme et processus démocratique. *Droit et Société*, Paris, n. 4, p. 635-48, 1996; cf. Pinheiro, Paulo Sérgio. O Brasil e a ordem jurídica internacional. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 24, p. 353-9, dez.

1985; cf. Pinheiro, Paulo Sérgio. Dialética dos direitos humanos. In: Sousa Júnior, José Geraldo (Org.) *Direito achado na rua*. Brasília: Ed. UnB, 1987. p. 83-5; cf. Pinheiro, Paulo Sérgio. Proteção da pessoa humana na ordem jurídica nacional e internacional. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE FILOSOFIA DO DIREITO, 4., João Pessoa, 1990. Conferências. João Pessoa: Espaço Cultural, 1990. p. 244-51; cf. Pinheiro, Paulo Sérgio. Viena valeu. Folha de S. Paulo, São Paulo, 25 jul. 1993. Caderno 1, p. 3; cf. Mello, Celso de Albuquerque. A sociedade internacional: nacionalismo versus internalismo e a questão dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 46, n.182, p.115-27, jul./dez. 1993; cf. Mello, Celso de Albuquerque. Análise do núcleo intangível das garantias dos direitos humanos em situações extremas: uma interpretação do ponto de vista... *Direito, Estado e Sociedade,* Rio de Janeiro, n. 5, p.13-23, ago./dez. 1994.

7- Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Op. cit. p. 68.

8- Trindade, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 12.

9- Trindade, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Op. cit. p. 13.

10- Trindade, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Op. cit. p. 8 e ss.

11- Trindade, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos.* Op. cit. p. 8 e ss.

12- Faria, José Eduardo. Os direitos humanos e o dilema latino-americano às vésperas do século XXI. *Novos Estudos CEBRAP,* n. 38, p. 53-60, mar.1994; cf. Pinheiro, Paulo Sérgio; Guimarães, Samuel Pinheiro, (Org.). *Direitos humanos no século XXI*. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1998. 2 v. [Seminário realizado nos dias 10 e 11 de setembro de 1998, no Rio de Janeiro]; cf. Trindade, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos.* Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1, p.177-206.

13- Lafer, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos*. São Paulo: Paz e

Terra, 1999. p. 154 e ss; cf. Lafer, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 117-236; cf. Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 1999. p. 403-14.

14- Lafer, Celso. Direitos humanos e democracia no plano interno e internacional. *Revista de Política Externa*, v. 3, n. 2, p. 71 e ss. set./nov. 1994; cf. Trindade, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999. v. 2, p. 201-51.